

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMPARATO
XXV CICLO

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

TITOLO: QUOTA DI RISERVA E *FAMILY PROVISION* A CONFRONTO: LA
SUCCESSIONE NECESSARIA IN UNA PROSPETTIVA DI COMPARAZIONE TRA IL
SISTEMA ITALIANO ED IL MODELLO INGLESE

IUS 02

DOTT.SSA ROSSELLA ZANABONI

TUTOR:

CHIAR.MA PROF.SSA ALBINA CANDIAN

COORDINATORE DEL DOTTORATO:

CHIAR.MA PROF.SSA BARBARA POZZO

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

INDICE

<i>Introduzione al tema e analisi degli scenari</i>	5
---	---

CAPITOLO I

LA SUCCESSIONE NECESSARIA NEL SISTEMA ITALIANO: LE QUOTE DI RISERVA E LA LORO DISCIPLINA

<i>1. La successione necessaria: nozione, natura giuridica e fondamento</i>	14
<i>2. Le categorie di legittimari ed il calcolo della legittima</i>	17
<i>3. L'intangibilità della quota di legittima</i>	34
<i>4. La tutela dei diritti dei legittimari</i>	43
<i>5. L'azione di riduzione</i>	45
<i>6. L'azione di restituzione</i>	51
<i>7. L'indegnità e la diseredazione</i>	54

CAPITOLO II

LE PROPOSTE DI ABOLIZIONE E DI RIFORMA DELL'ISTITUTO DELLA SUCCESSIONE NECESSARIA IN ITALIA

<i>1. Il problema della legittimità costituzionale dell'abolizione della successione necessaria</i>	65
<i>2. Il d.d.l. 1043/2006: una proposta di abolizione della successione necessaria</i>	70
<i>3. Le proposte di riforma formulate dalla dottrina italiana e gli spunti provenienti dal diritto comparato</i>	75

CAPITOLO III
*IL PROBLEMA DELLA SUCCESSIONE NECESSARIA
NEL SISTEMA INGLESE: IL FORMANTE LEGISLATIVO*

<i>1. Le origini della testamentary freedom nel sistema inglese e la successione legittima</i>	82
<i>2. La Inheritance Family Provision Act del 1938 e la Inheritance Provision for Family and Dependants Act del 1975</i>	88
<i>3. La disciplina legislativa sulla attribuzione della family provision in dettaglio</i>	93

CAPITOLO IV
*L'APPLICAZIONE DELLA INHERITANCE PROVISION FOR FAMILY AND DEPENDANTS
ACT AD OPERA DEL FORMANTE GIURISPRUDENZIALE: LE SOLUZIONI OPERAZIONALI
INDIVIDUATE DALLA CASE LAW INGLESE*

<i>1. I criteri per l'attribuzione patrimoniale a favore del coniuge</i>	110
<i>2. I criteri per l'attribuzione della family provision a favore dei figli: verso il paradosso della legittimità della diseredazione del figlio virtuoso e la tutela del fannullone?</i>	113
<i>3. La family provision a favore dei dependants: la meritevolezza ad ottenere la provision delle "amanti" e la criticità del caso del mantenimento reciproco</i>	122
<i>4. Il trattamento successorio delle liberalità e la presumption of satisfaction of a legacy by a portion</i>	144

CAPITOLO V
GLI SPUNTI DI RIFORMA DELINEATISI NELL'AMBITO DELLA LAW COMMISSION

<i>1. Introduzione</i>	155
<i>2. Sul possibile superamento del requisito del domicilio.</i>	158
<i>3. La coabitazione.</i>	159
<i>4. Il riconoscimento della provision a favore dei figli: sulla possibilità di differenziare nel trattamento successorio dei figli l'ipotesi di diseredazione espressa da quella che attualmente si realizza per applicazione delle norme sulla successione legittima e sul trattamento successorio dei "figli di primo letto"</i>	161
<i>5. Il trattamento successorio di children of the family, dependants e carers</i>	166
<i>6. Sull'opportunità di una flessibilizzazione del termine semestrale per la formulazione della richiesta di family provision</i>	176
<i>7. Una critica alla impermeabilità nel trattamento a fini successori dei pension funds?</i>	178
<i>8. Net estate and joint tenants</i>	182
<i>Conclusioni.</i>	186
<i>Bibliografia.</i>	191

Introduzione al tema e analisi degli scenari

Il concetto giuridico di successione, tecnicamente indica il subingresso di un soggetto in luogo di un altro, in una determinata situazione giuridica.

La successione a causa di morte indica la devoluzione del patrimonio del *de cuius* ai successibili cui si rivolge la chiamata ereditaria.

Alla base di ogni disciplina in materia successoria vi è la composizione di interessi confliggenti¹: quello del proprietario a poter disporre del bene a titolo *mortis causa*, coerentemente con l'assolutezza del diritto di cui è titolare, quello dei suoi cari ad avere i suoi beni, persino un interesse dello stato a non dover intervenire per il sostentamento di soggetti indigenti che avrebbero potuto cavarsela da soli e non pesare sulle tasche dei contribuenti se solo il loro "parente ricco" avesse pensato in qualche misura a loro nel suo testamento.

Ogni disciplina successoria legislativamente codificata sembra il frutto del temperamento dei principi di libertà, di uguaglianza e di protezione di soggetti più deboli; il sentire sociale tipico di ogni sistema influenza marcatamente l'esito di tale bilanciamento e così si spiega la varietà delle soluzioni legislative adottate dagli ordinamenti².

Come sottolineato da attenta dottrina, "*the succession law has long been considered one of the more indigenous branches of the law*"³; tale considerazione

¹ CRETNEY, *Reform of Intestacy: the best we can do?*, 111 *Law Quarterly Review* (1995), 77-99

² CRETNEY, *Reform of Intestacy: the best we can do?*, 111 *Law Quarterly Review* (1995), 77-99; Si leggano GAMBINI, *Psicologia della famiglia. La prospettiva sistematico-relazionale*, Milano, 2007, p. 80; AA.VV., *Nuovo lessico familiare, Studi interdisciplinari sulla famiglia, Vita e pensiero*, Pubblicazioni dell'Università cattolica, 14, Milano, 1997, p. 112.

³ FUSARO, *13th World Conference of the International Society of Family Law., Section: Finances and Freedom of Testation- Legitimate portion- Protection of surviving spouses and children*, Vienna, 16-20 September 2008; PINTENS, *Grundgedanken and perspektiven einer Europaeisierung des Familien –und Erbrechts- Teil 1*, (2003) 50 *Zeitschrift fuer das gesamte Familienrecht*, 329, 331.

ha fatto in modo che un'armonizzazione della disciplina in materia fosse comunemente sentita come non fattibile o non desiderabile⁴.

La disciplina successoria nelle diverse epoche è sembrata profondamente influenzata dal cambiamento della definizione di famiglia⁵.

La medesima disciplina successoria può essere avvertita come socialmente accettata o al contrario come un retaggio di rigidità nella circolazione della ricchezza, semplicemente in dipendenza del progredire di una società, del mutamento dei valori che la permeano.

Se oggigiorno si discute molto del sistema successorio più equo ed efficiente, non si deve dimenticare che non mancano neppure critiche del fenomeno successorio in sé, in quanto responsabile della disuguaglianza sociale tra gli uomini o dell'alterazione della concorrenza tra soggetti, alcuni dei quali acquisterebbero una ricchezza che non è frutto del proprio lavoro, né del proprio merito⁶.

Eppure la successione è un fenomeno che preserva la continuità dell'impresa e la proprietà individuale.

Infatti, se ciascun soggetto perdesse con la morte la titolarità dei propri beni e quindi anche la possibilità di disporne a causa di morte, non sarebbe possibile impostare una pianificazione economica di lungo periodo.

Dunque, ai sistemi giuridici che ammettono la proprietà privata e quindi la facoltà per il titolare di disporne a causa di morte, si sono poste alcune alternative⁷: lasciare che i beni del *de cuius* andassero ai soggetti più veloci nell'impossessarsene, prevedere una disciplina di legge per la loro attribuzione,

⁴ A. VERBEKE – Y.HENRI LELEU, *Harmonization of the Law of succession in Europe*, in A. HATHKAMP, M.HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E.DU PERRON (eds.) *Towards a European Civil Code* (3rd edn, 1998), 335.

⁵ CRETNEY, *Reform of Intestacy: the best we can do?*, 111 *Law Quarterly Review* (1995), 77-99; BUSER, *Domestic Partner and Non – marital Claims against robate Estates: Marvin Theories put to a different use*, 38 *Family Law Quarterly* (2004), 313.

⁶ Questa è la posizione di CHESTER, *Inheritance, Wealth, and Society*, Bloomington, 1982, citata da ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in Tratt. di diritto comparato, diretto da SACCO, Torino, 2002, p. 9.

⁷ MILLER, *The machinery of succession*, London, 1977, p. 2, cfr MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese fondamento e sistema*, Padova, 1995, p. 5 ss.

lasciare la possibilità al *de cuius* di stabilire con un atto di volontà quali soggetti dovessero diventare proprietari dei suoi beni al momento della sua morte.

Evidentemente, i sistemi moderni hanno selezionato in prevalenza le ultime due soluzioni, ma nella comparazione delle discipline operanti il criterio dirimente sembra essere quanta libertà sia riservata al testatore ed in quale misura la legge intervenga per limitarla.

Il concetto di successione *mortis causa* è sempre stato in qualche misura correlato alla parentela.

Da una parte, la possibilità per il testatore di escludere del tutto i propri discendenti dalla sua successione è coerente con la libertà e l'autodeterminazione⁸; dall'altro, però, essa pare in contrasto con la percezione di essere socialmente parte di un gruppo, di avere un legame affettivo con i familiari di cui il testatore si è preso cura in vita.

Ad un'analisi sommaria sembra che nessun sistema della cosiddetta *Western Legal Tradition* ammetta un libertà di testare incondizionata.

Infatti, una qualche forma di "*forced succession*" sembra imporsi sulla base di considerazioni di tipo sociale: è infatti moralmente auspicabile che un testatore si preoccupi dei membri della sua famiglia, prima di soddisfare i suoi desideri personali.

D'altra parte la libertà di testare assoluta sembra giustificabile sulla base di un ragionamento economico: la libera determinazione del proprietario sul come devolvere le proprie sostanze è coerente col principio del libero mercato⁹.

E' cosa nota che il sistema giuridico italiano riconosca ai parenti più stretti del *de cuius* (i cosiddetti legittimari) una quota fissa dell'eredità, che essi posso-

⁸ Già TROPLONG, autore di ottocentesca memoria, ravvisava nel testamento una fondamentale espressione di libertà: "*Le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil*". TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, I, Bruxelles, 1855, p. 1.

⁹ FRIEDMAN, *The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession and Society*, 29 *Wisconsin Law Review* (1966), 340, 353.

no ottenere con una semplice azione promossa in giudizio, a prescindere dal fatto che il *de cuius* nel suo testamento non abbia previsto nessun lascito a loro favore.

Il nostro sistema si fonda su due paradigmi: la legittima romana, basata su un concetto di solidarietà familiare e l'idea politica del lignaggio, che ci deriva dalla tradizione germanica¹⁰.

Il diritto alla quota di legittima¹¹ prescinde dalle condizioni economiche del legittimario che agisce in giudizio; pertanto egli potrà conseguire l'attribuzione patrimoniale che la legge gli riserva senza dover dimostrare che ne abbia bisogno per sopravvivere.

I giudici italiani non hanno neppure la facoltà di ridurre l'ammontare della quota di riserva in ragione delle condizioni economiche particolarmente floride del legittimario attore.

Al contrario il sistema inglese non riconosce ai parenti del *de cuius* un trattamento successorio preferenziale in misura fissa, ma consente al giudice di valutare caso per caso se sia il caso di riconoscere una quota ereditaria ad un certo congiunto del testatore e di quantificare l'attribuzione patrimoniale medesima.

Uno degli elementi che incidono sulla quantificazione della quota è rappresentato dalle condizioni economiche del richiedente.

Il vantaggio della quota di riserva fissa è la certezza, mentre un fisiologico svantaggio di tale scelta è rappresentato dalla rigidità; al contrario un sistema che prevede quote eventuali e variabili di *forced succession* ha il pregio di essere flessibile e duttile, ma reca l'inevitabile svantaggio dell'incertezza¹².

¹⁰ FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contratto e impresa, Europa*, 2009, fasc. 1, 447; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di dir.civ. e comm.*, 4 ed., diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 2000, p. 1.

¹¹ anche detta quota di riserva.

¹² Si legge a questo riguardo in SCOTTISH LAW COMMISSION, *Discussion Paper on Succession*, n. 136, (August 2007), 46: "A court based discretionary system is very flexible. The award can take into account many factors such as the length of marriage or civil partnership, the conduct of the parties, the needs of the claimant, the nature of the estate and the needs of the beneficiaries...the award may take the form of a lump sum, transfer of property or periodical payments and can be tailored to the particular estate in question (...). The main disadvantages of court-based system are uncertainty and inconvenience...a discretionary system can provoke

L'interesse a conoscere la disciplina successoria del sistema inglese nasce anche dallo studio del diritto internazionale privato italiano.

La Legge 31 maggio 1995, n. 218 stabilisce nel nostro ordinamento i criteri di collegamento per individuare la legge applicabile a fattispecie che presentano elementi di transnazionalità.

I criteri di collegamento più importanti individuati nella legge sono quello della *lex personae* e quello della *lex loci*. Non sempre, però, il richiamo alla legge di un altro paese può essere recepito nel nostro ordinamento; il limite più importante è quello relativo all'ordine pubblico; dispone l'art. 16 della citata legge che *“la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana”*.

La legge introduce una novità importantissima costituita dalla possibilità di deroga volontaria al criterio di collegamento.

Se di regola, in base alla nostra legge di diritto internazionale privato, la successione è regolata dalla legge nazionale del *de cuius* al momento della morte, l'art. 46 prevede anche che il soggetto della cui eredità si tratta possa sottoporre l'intera successione alla legge dello stato in cui risiede (posto che esso sia diverso dal suo stato nazionale). Lo stesso articolo stabilisce però che la scelta non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari risidenti in Italia al momento dell'apertura della successione; dunque la scelta di sottoporre la propria successione a disciplina diversa da quella italiana non può essere volta a diseredare coloro che la legge italiana stessa considera legittimari, in grado di attivare contro il testamento i meccanismi della successione necessaria.

litigation...This is likely to involve the re-opening of any matrimonial and family discord with distasteful affirmations of past conduct”.

Peraltro il Regolamento Europeo n. 60/2012 prevede la residenza del *de cuius* al momento della morte come criterio uniforme per la disciplina della successione in Europa.

Alcuni autori hanno ravvisato in questo un segno dell'inarrestabile "declino della cittadinanza"¹³ tra i criteri di collegamento delle norme di conflitto del diritto internazionale privato.

Al fine di individuare la residenza abituale e distinguerla dalla residenza anagrafica soccorre il considerando 23: "*Al fine di determinare la residenza abituale, l'autorità che si occupa della successione dovrebbe procedere ad una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte ed al momento della morte, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti, in particolare la durata e la regolarità del soggiorno del defunto nello stato interessato, nonché le condizioni e le ragioni dello stesso. La residenza abituale così determinata dovrebbe rivelare un collegamento stretto e stabile con lo stato interessato tenendo conto degli obiettivi specifici del presente regolamento*".

L'art. 21 par. 2 del Regolamento stabilisce poi che, quando a titolo eccezionale risulta che al momento del suo decesso il defunto aveva dei legami manifestamente più stretti con uno stato diverso da quello di residenza abituale, la legge applicabile alla successione è la legge di tale altro stato. Il considerando 25 soccorre nell'individuazione di tale altro stato facendo riferimento ad esempio al caso in cui: "*il defunto si fosse trasferito nello stato di residenza abituale in un momento prossimo alla morte*".

E, per scendere sul campo del tema in oggetto, cosa accadrebbe se il trasferimento di residenza in prossimità della morte da parte di un cittadino italiano fosse volto ad eludere le norme sulla successione necessaria vigenti in Italia?

¹³ Sul tema si legga CALO', *L'inarrestabile declino della cittadinanza altrui: il Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012*, *Il corriere giuridico*, 2013, IV, 549.

Il considerando 26 sembra contemplare l'ipotesi, prevedendo che nulla dovrebbe impedire ad un organo giurisdizionale di applicare meccanismi intesi a contrastare l'elusione alla legge¹⁴.

Naturalmente questa indicazione di principio lascia adito a innumerevoli criticità applicative di fronte ad un ipotetico atto di elusione della legge italiana sulla successione, posto in essere da un cittadino italiano.

Ad ogni modo, l'emanazione di questo Regolamento in Europa, accanto alla legge di modifica sulla filiazione naturale n. 219/2012¹⁵ in Italia dà la chiara percezione di una mobilità e di un rinnovamento, in una materia, quale quella successoria, che invece sembrava caratterizzata da particolare immobilismo. Ciò non fa che rinnovare l'interesse per le scelte giuridiche operate, nell'ambito successorio, da altri sistemi.

Nell'ambito del presente lavoro si cercherà di fare una ricognizione della disciplina dell'istituto italiano della successione necessaria, per poi approfondire l'istituto inglese della *family provision*.

L'approccio all'istituto della *family provision* nel sistema inglese avverrà per formanti¹⁶, al fine di comprendere in quale misura e con quali risvolti la giurisprudenza inglese abbia applicato la legge istitutiva della *family provision*.

¹⁴ CALO', *L'inarrestabile declino della cittadinanza altrui: il Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012*, *Il corriere giuridico*, 2013, IV, 552.

¹⁵ Cui ha fatto seguito il Decreto Legislativo 28.12.2013 n. 154, recante la revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione a norma dell'art. 2 delle legge del 10.12.2012 n. 219. Il decreto è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 5 dell'8 gennaio 2014 e l'entrata in vigore è fissata al 7 febbraio 2014.

¹⁶ In ogni sistema giuridico si distinguono diversi formanti: più formanti legali (costituzionale, norma ordinaria e regolamentare), formanti giurisprudenziali, nonché dottrinali.

Come insegna Sacco – SACCO, *Perché l'armato obbedisce all'inerme?* (*Saggio sulla legittimazione de diritto e del potere*), in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 1. - , in molti sistemi un formante importantissimo, accanto a quelli citati, è la legittimazione o giustificazione invocata a favore delle norme appartenenti ad un dato sistema.

Vi sono, inoltre, dei formanti che non nascono come verbalizzati, eppure hanno notevole importanza nella descrizione di un sistema. Tutti questi "modelli impliciti" prendono il nome di crittotipi.

La comparazione ha la forza di rendere conoscibili questi elementi impliciti.- SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in Tratt. di diritto comparato, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2001, p. 126-.

Ci possiamo accorgere che in un sistema stia operando un crittotipo quando, ad esempio, due leggi identiche in due aree differenti danno soluzioni applicative diverse, oppure quando

Dopo aver analizzato gli *Acts* regolatori della *family provision* e la loro applicazione ad opera del formante giurisprudenziale, si approfondiranno le istanze di riforma messe in luce dagli accademici della *Law Commission*¹⁷ sul tema, considerando sia il *Report* pubblicato sul tema nel 2011, sia il precedente *Consultation Paper*.

Scopo ultimo dell'indagine sarà verificare se, a fronte di discipline diverse, i due sistemi italiano ed inglese rivelino invece regole operazionali affini.

Scrivono Rodolfo Sacco: “*La pratica ha bisogno di categorie concettuali ordinanti. Ma queste categorie concettuali ordinanti sono diverse nei vari paesi, e i*

due sistemi con leggi e voci dottrinali molto distanti tra loro addivengono ad identiche soluzioni applicative.

Ciò accade perché è intervenuto qualcosa di implicito, di non verbalizzato.

L'insieme dei crittotermini all'interno di un sistema ha a che fare con la mentalità tipica dell'ambiente in cui il giurista opera (GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, In Tratt. di diritto comparato diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2002, p. 8).

Dal punto di vista del metodo, a prescindere dallo specifico tema oggetto di studio, l'analisi del comparatista non può che avvenire con un approccio distintivo tra formanti. La distinzione tra formanti consente di ricavare informazioni molteplici: in primo luogo, la distinzione ed il confronto tra formanti consente di comparare le soluzioni giuridiche di due sistemi e, quando anche un solo formante risulti diversificato da un sistema all'altro, ciò significa che le soluzioni giuridiche adottate da due sistemi non possono considerarsi uguali. Non solo: distinguere tra formanti non è utile solo per confrontare due sistemi, ma consente anche di studiare il rapporto tra un formante e l'altro all'interno di un medesimo sistema: la maggiore o minore distanza tra un formante e l'altro dà una dimensione di minore o maggiore coesione e compattezza del sistema- GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, In Tratt. di diritto comparato diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2002, p. 4 ss.-. Anche il rapporto di reciproca influenza tra formanti racconta molto del sistema: in un ordinamento può accadere che la dottrina influisca sulla giurisprudenza, mentre in un altro sistema può accadere l'opposto.- GAMBARO, SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, In Tratt. di diritto comparato diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2002, p. 7 -.

Proviamo a calare questo ragionamento giuridico sul campo dell'istituto concreto che è oggetto di analisi. Ci accingiamo a studiare gli *Acts* regolatori della *family provision*: dopo averli letti ed aver capito che la *provision* viene riconosciuta per legge solo in precisi casi ed in presenza di requisiti stringenti, potremmo trovare una giurisprudenza che sistematicamente riconosce la *provision* ai familiari del *de cuius*, contro la volontà testamentaria di quest'ultimo. In questo caso, dedurremmo che qualcosa di implicito nella mentalità giuridica tipica del sistema inglese porta all'adozione di soluzioni applicative lontane dal formante legislativo. Oppure potremmo trovare una giurisprudenza che interpreta i requisiti per richiedere la *provision* in modo letterale e rigido ed in questo caso dedurremmo che il sistema sul punto è coeso e che tutti i formanti denotano una grande tutela della libertà di testare.

¹⁷ La *Law Commission* inglese, con i suoi diversi comitati riveste un ruolo chiave nell'ambito della riforma del diritto; tali comitati sono composti da autorevoli accademici, che si dedicano allo studio di specifici problemi giuridici loro sottoposti e provvedono alla redazione di documenti e proposte di legge che, spesso, diventano nel tempo operativi. I lavori della *Law Commission* sono un'occasione importante per mezzo della quale il diritto accademico si affaccia tra le fonti del diritto inglese.- MATTEI, *Il modello di common law*, in *Sistemi Giuridici comparati* a cura di Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2004, p. 194.

giuristi dei vari paesi non fanno nulla per liberarsi di queste diversità. I contrasti che abbiamo sotto gli occhi esistono nelle qualificazioni, nei linguaggi, nelle descrizioni, nelle spiegazioni, nei concetti. Esistono assai meno nelle regole operazionali”¹⁸.

Con riferimento al sistema inglese, ci si chiede se l’ampia discrezionalità accordata ai giudici nell’applicazione del rimedio della *family provision* possa portare ad una tutela accostabile alla successione necessaria italiana oppure se la sostanziale distanza tra i due sistemi sia confermata nella *case law*.

Del resto, conoscere la diversità è uno degli scopi del diritto comparato inteso come scienza¹⁹ e non è indispensabile che tale conoscenza sia rivolta alla ricerca di modelli da utilizzare nelle riforme o alla creazione di un diritto uniforme²⁰.

¹⁸ SACCO, *Introduzione alla comparazione giuridica*, in SACCO, *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992, p. 167.

¹⁹ SACCO, *Introduzione alla comparazione giuridica*, in SACCO, *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992, p. 13.

²⁰ GORLA, *Prolegomeni ad una storia del diritto privato europeo*, in SACCO, *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, pp. 269 ss.

CAPITOLO I

LA SUCCESSIONE NECESSARIA NEL SISTEMA ITALIANO: LE QUOTE DI RISERVA E LA LORO DISCIPLINA

Sommario: 1. *La successione necessaria: nozione, natura giuridica e fondamento*; 2. *Le categorie di legittimari ed il calcolo della legittima*; 3. *L'intangibilità della quota di legittima*; 4. *La tutela dei diritti dei legittimari*; 5. *L'azione di riduzione*; 6. *L'azione di restituzione*; 7. *L'indegnità e la diseredazione*

1. La successione necessaria: nozione, natura giuridica e fondamento

Se fossimo chiamati ad esprimere in termini sintetici e definitivi, a costo di essere semplicistici, quale sia l'inquadramento del regime successorio vigente nel sistema italiano, diremmo che si tratta di un sistema di quote di riserva fisse²¹. In altre parole, il nostro codice civile individua alcune categorie di soggetti che hanno diritto ad una quota fissa dell'eredità del *de cuius*.

Un tale concetto merita un approfondimento preliminare.

In Italia, un soggetto può addivenire alla successione in tre diverse modalità: se il *de cuius* non lascia testamento si applicheranno le norme del nostro codice civile sulla successione legittima, che prevedono la devoluzione dei beni ereditari ai parenti più stretti del *de cuius* in quote predeterminate.

Se invece il *de cuius* lascia testamento, esso regolerà *in toto* la successione con preferenza rispetto alle norme sulla successione per legge, a patto che nel testamento il testatore abbia disposto di tutti i beni caduti in successione.

²¹ Con l'aggettivo "fisse" si vuole rilevare il fatto che, a differenza che nel sistema inglese, i giudici non hanno discrezionalità nel quantificare le quote. Tuttavia, si tratta di una fissità relativa, se pensiamo che la quota di riserva ha una sua mobilità, a seconda del fatto che il *de cuius* lasci a sé superstite un solo legittimario oppure più legittimari in concorso tra loro. Il significato e la portata di tale distinzione verrà meglio chiarito nell'ambito del presente lavoro.

Se così invece non fosse, i beni menzionati nel testamento verrebbero devoluti secondo le ultime volontà espresse, mentre i beni non contemplati nel testamento verrebbero devoluti secondo le norme sulla successione legittima.

In questo senso è possibile sostenere che nel sistema italiano la chiamata testamentaria a succedere e quella legittima possono coesistere ed operare nell'ambito della medesima successione.

Esiste però anche una terza chiamata ereditaria, costituita dalla successione necessaria.

Essa non opera automaticamente, ma solo nell'ipotesi in cui il soggetto a cui la legge riserva una quota fissa dell'eredità del *de cuius* ne sia privato o perché il *de cuius* nel suo testamento ha disposto a favore di altri o perché il *de cuius* ha disposto in vita ingenti liberalità, così da lasciare un *relictum* non sufficiente a soddisfare il diritto ad ottenere la quota di riserva medesima.

Per potere divenire erede in base alle norme sulla successione necessaria il titolare della quota di riserva è chiamato ad agire in giudizio; in caso contrario la successione sarà regolata dalle norme sulla successione testamentaria e legittima.

I soggetti titolari del diritto alla quota di riserva vengono anche denominati eredi necessari, perché la loro successione si realizza contro il testamento, con necessario sacrificio dell'autonomia testamentaria in capo al *de cuius*.

Nell'ammissione di un tale sacrificio sembra ravvisabile una precisa scelta del nostro legislatore di tutelare la famiglia, in una prospettiva solidaristica, piuttosto che l'autodeterminazione e la libertà negoziale del singolo.

Se il testatore intende redigere un testamento che risulti inattaccabile e di fatto regoli la successione, potrà disporre solo della quota disponibile del suo patrimonio, che in presenza di determinate categorie di legittimari potrà addirittura ridursi fino alla quota di un quarto.

La quota indisponibile dovrà essere invece riservata agli eredi necessari.

Il calcolo della quota disponibile viene effettuato a mezzo dell'operazione contabile della riunione fittizia: ai beni rimasti (*relictum*) si sottraggono le passi-

vità e si somma poi il *donatum*, ovvero il valore di tutti i cespiti patrimoniali che sono stati oggetto di donazioni o di atti di liberalità disposti dal *de cuius* mentre questi era ancora in vita.

La dottrina italiana si è a lungo domandata quale fosse la natura giuridica della successione necessaria, se cioè si tratti di un'autonoma vocazione oppure semplicemente di un istituto giuridico correttivo dei meccanismi della successione legittima o testamentaria.

Secondo un primo orientamento²², la successione necessaria rappresenterebbe un *tertium genus* di successione universale, completamente autonomo rispetto alla successione legittima e testamentaria.

La successione necessaria, pur trovando il suo fondamento nella legge come la successione legittima, prevede diversi destinatari, diverse quote ed una diversa *ratio*. Inoltre, a differenza degli altri tipi di successione presenti nel nostro ordinamento, la successione necessaria non può mai investire l'intero patrimonio del defunto.

Secondo un altro orientamento dottrinale²³, il legittimario non sarebbe erede, ma successore a titolo particolare, perché consegue un attivo netto e non una quota di eredità con proporzionale addebito delle passività.

La dottrina prevalente²⁴ e la giurisprudenza della Cassazione²⁵ sostengono invece che la successione legittima e quella necessaria debbano essere considerate come appartenenti allo stesso genere, sulla base del fatto che esse trovano lo stesso titolo costitutivo nella legge e lo stesso fondamento nella tutela della famiglia.

Questa teoria troverebbe conferma nel dato legislativo e precisamente nell'art. 457 C.C., che prevede che l'eredità si devolve per legge o per testamen-

²² L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, in *Trattato di dir.civ. e comm.*, 4 ed., diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 2000, p. 76 ss., GROSSO e BURDESE, *Le successioni*, Parte Generale, in *Tratt. Dir.civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1977, p. 85.

²³ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 216; L. FERRI, *Dei legittimari*, Art. 536-564 in *Comm. Cod. Civ.* a cura di SCIALOIA e BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 7.

²⁴ Si veda su tutti BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, p. 37.

²⁵ Si veda su tutte Cass. 9 gennaio 1967, n. 92.

to. Secondo una formula che sembra particolarmente felice utilizzata da CICU²⁶, la successione necessaria sarebbe una “successione legittima potenziata”.

Quanto al fondamento dell’istituto della successione necessaria, esso potrebbe essere riscontrato nell’esigenza di solidarietà tra i più stretti congiunti all’interno di una famiglia.

A ciò si potrebbe obiettare su un piano pratico - giudiziale che l’istituto della successione necessaria non farebbe altro che acuire i contrasti endo-familiari.

2. *Le categorie di legittimari ed il calcolo della legittima*

L’articolo 536 C.C. nella sua originaria formulazione individuava in concreto le categorie dei legittimari nelle persone del coniuge, dei figli legittimi, legittimati e adottivi – con equiparazione ad essi dei figli naturali, i discendenti dei figli che succedono in luogo del loro genitore per rappresentazione, gli ascendenti legittimi, con inclusione di quelli adottivi.

Dopo la recente riforma sulla filiazione naturale, a norma dell’art. 1 comma 11 della legge 10 dicembre 2012 n. 219 le parole “figli naturali” e “figli legittimi”, ovunque nel Codice Civile ricorrano, sono sostituite col termine “figli”.

Pertanto, anche ai fini della successione necessaria, tale distinzione deve ritenersi superata²⁷.

²⁶ CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, p. 218.

²⁷ La legge 219/2012 introduce delle novità dirompendi che troveranno applicazione con riferimento alle successioni apertesesi dopo il primo gennaio 2013: innanzitutto l’art. 315 C.C. introduce il principio dell’unicità di stato di tutti i figli; l’art. 74 C.C. dà una nuova definizione di parentela come soggetti discendenti da uno stesso stipite, senza che a tal fine rilevi un precedente matrimonio.

In virtù del rapporto che si instaura tra il figlio di genitori non coniugati e relativi consanguinei, egli sarà chiamato alla successione legittima, in virtù dell’art. 565 ss C.C. -SESTA, *L’unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 3, 231.

Del pari, tra i legittimari di cui all’art. 536 C.C. andranno ricompresi anche gli ascendenti naturali.

Se l'identificazione soggettiva dei legittimari non solleva particolari problemi, in dottrina a lungo si è discusso della loro posizione giuridica.

La discussione non ha una portata meramente teorica, dal momento che se il legittimario ha la qualità di erede risponderà dei debiti illimitatamente e non solo fino a concorrenza della quota riservata conseguita.

Secondo un orientamento risalente, ma molto autorevole²⁸ il legittimario acquisterebbe subito la qualità di erede per il solo fatto della successione, sebbene a ciò non si accompagni l'immediata apprensione dei beni, che necessiterà invece del preliminare esperimento dell'azione di riduzione delle disposizioni lesive.

Tale orientamento, nell'approfondimento datone da Cicu²⁹, presuppone una distinzione tra la quota di eredità e la quota di legittima. La prima andrebbe calcolata sul *relictum* e si devolvrebbe al legittimario *ipso iure*, senza necessità di proposizione dell'azione di riduzione.

La quota di legittima, invece, si calcolerebbe sulla somma del *relictum* e del *donatum* e per il suo conseguimento sarebbe necessario l'esperimento dell'azione di riduzione. Naturalmente il legittimario avrà interesse ad agire per ottenere la quota di legittima soltanto nella misura in cui la quota di eredità con-

Ancora, l'art. 258 C.C. estende gli effetti del riconoscimento ai parenti del genitore da cui fu fatto mentre la precedente formulazione della norma limitava gli effetti al soggetto che compiva il riconoscimento. Inoltre, l'art. 448 bis, introdotto dalla riforma, esclude l'obbligo per il figlio di versare gli alimenti nei confronti del genitore che sia decaduto dalla potestà e consente al figlio la possibilità di escludere dalla successione il genitore che abbia commesso fatti che pure non sono tanto gravi da integrare ipotesi di indegnità.

Questa nuova ipotesi di diseredazione può riguardare anche la quota spettante al genitore in virtù delle norme sulla successione necessaria. Stupisce ed incuriosisce come questa ipotesi di diseredazione operi a danno dei genitori e non sia prevista invece a danno dei figli che assumano comportamenti per così dire "gravemente irrispettosi" nei confronti dei propri genitori.

La norma si collega all'art. 463 n. 3 bis, introdotto nel 2005, che prevede un nuovo caso di indegnità relativo a chi sia decaduto dalla potestà genitoriale nei confronti del *de cuius*. - SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 3, 2013, 241.

Con specifico riferimento alla successione necessaria, la principale novità introdotta dalla riforma sembra consistere in questo: l'art. 537 c.c. sulla possibilità di commutazione deve ritenersi decaduto coerentemente col principio di parificazione dei figli legittimi e naturali.

Sulla riforma della filiazione ed i suoi profili successori si legga anche DELFINI, *Riforma della filiazione e diritto successorio*, *Il corriere giuridico*, 2013, 4, 547.

²⁸ L. COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938, p. 307.

²⁹ CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, In *Tratt.dir. civ. e comm* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1961, p. 218.

seguita al momento dell'apertura della successione non sia di entità sufficiente a coprire la quota di riserva.

Più recentemente in dottrina³⁰, si è negata la qualifica di erede in capo al legittimario e si è sostenuto che egli sarebbe un legatario *ex lege*, in quanto beneficiario di un'attribuzione di cespiti patrimoniali e non onerato del pagamento dei debiti e delle passività ereditarie.

Tale teoria affonda le proprie radici nell'articolo 556 C.C., che nella determinazione della quota disponibile e della quota di riserva non si riferisce ad una quota di eredità, ma appunto ad una quota di utile netto, che potrà anche eventualmente non esistere nel caso in cui il calcolo *relictum* - debiti+ *donatum* dia un risultato negativo.

La teoria prevalente in dottrina³¹ ed in giurisprudenza sostiene che il legittimario al momento dell'apertura della successione non sia erede³² o comunque lo sia solo in quella parte di eredità lasciategli dal *de cuius* insufficiente però a coprire la sua quota di riserva.

Il legittimario, in altre parole, diventerà ad ogni effetto erede solo dopo aver vittoriosamente esperito l'azione di riduzione.

Una tale ricostruzione è del resto avvalorata dal fatto che le disposizioni lesive dei diritti del legittimario sono pienamente efficaci nel momento in cui l'azione di riduzione non sia stata ancora esperita dal legittimario leso.

Mengoni precisa che il legittimario non possa essere erede al momento dell'apertura della successione, per il semplice fatto che nei suoi confronti non opererebbe alcuna delazione, ma anzi essa sarebbe impedita dalla disposizione

³⁰ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 228; L. FERRI, *Dei legittimari*, art. 536-564, cit., pp. 9 ss.

³¹ Ad esempio MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 43 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. Al Cod. Civ.*, diretto da D'AMELIO e FINZI, *Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, Firenze, 1941, p. 272.

³² In caso di preterizione totale, cioè nel caso in cui non gli sia stato lasciato alcunché da parte del *de cuius*.

lesiva, posto che non possono esservi due delazioni diverse ed incompatibili in ordine agli stessi beni³³.

Il legittimario per chiedere la riduzione deve preliminarmente provvedere all'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, salvo caso in cui la riduzione sia chiesta nei confronti di coeredi o sia chiesta dal legittimario preterito.

Ci si chiesti se il legittimario, quando si apre una successione sia o meno un erede.

Secondo la teoria prevalente in dottrina e in giurisprudenza³⁴, il legittimario non sarebbe erede immediatamente al momento dell'apertura della successione, ma lo diventerebbe soltanto all'esito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione³⁵.

Ciò comunque non significa che la chiamata a favore del legittimario sia una delazione *ope iudicis*; infatti, in seguito alla pronuncia di riduzione, i beni ereditari si considerano come rientranti automaticamente nel patrimonio del *de cuius*³⁶.

Secondo un altro orientamento³⁷, invece, il legittimario leso avrebbe la qualità di erede immediatamente all'apertura della successione, mentre altra parte della dottrina gli attribuisce la qualità di legatario *ex lege*³⁸ perché in realtà riceve una parte di beni.

Resta da esaminare quale sia la posizione giuridica del legittimario prima dell'esercizio dell'azione di riduzione.

³³ Così MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., pp. 57 ss.

³⁴ Si leggano ad esempio MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 43 ss, BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, p.43 ss, nonché Cass 4 aprile 1992, n. 4140.

³⁵ Secondo questa teoria il legittimario leso all'apertura della successione sarebbe erede solo nel caso in cui non sia stato del tutto ignorato dal testatore nel suo testamento, ma sia stato beneficiario di un lascito insufficiente a coprire la sua quota riservata.

³⁶ GROSSO e BURDESE, *Le successioni*, Parte generale, in Tratt dir. Civ. it. Diretto da VASSALLI, Torino, 1997, p.89.

³⁷ COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938, p. 307.

³⁸ FERRI, *Dei legittimari*, Art. 536-564, cit., p.9 ss e AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 228.

Secondo i sostenitori della prima teoria sopra riportata, il legittimario al momento dell'apertura della successione sarebbe un erede titolare di una quota di eredità da calcolarsi sul *relictum* e non sul *donatum*.

L'orientamento prevalente³⁹ sostiene invece che il legittimario, prima dell'esercizio dell'azione di riduzione, abbia un "diritto al diritto" di acquistare l'eredità.

Deve inoltre ritenersi che il diritto spettante al legittimario sia disponibile. Una tale considerazione è avallata dal dettato normativo. Infatti, l'articolo 557 C.C. menziona tra i legittimati a chiedere la riduzione anche gli "aventi causa": tale locuzione sembra chiaramente riferirsi a coloro i quali abbiano acquistato il diritto dai legittimari prima dell'esperimento dell'azione di riduzione.

Il concetto di "quota di riserva" è strettamente collegato al concetto di quota disponibile intendendosi con questa locuzione la porzione di eredità della quale il *de cuius* può liberamente disporre, in quanto non necessaria a coprire le quote di riserva dei legittimari.

La quota disponibile varia in funzione delle categorie dei legittimari e del numero dei singoli soggetti aventi diritto. In ogni caso, essa non potrà mai essere inferiore alla piena proprietà di un quarto del patrimonio del defunto (calcolato sommando il *relictum* al *donatum*)⁴⁰.

Con la riforma del 1975 la posizione del coniuge è stata profondamente modificata: egli non vanta più un semplice diritto di usufrutto, in qualità di legatario *ex lege*, ma diviene erede necessario, beneficiario di una quota di riserva in piena proprietà, in concorso con gli altri legittimari.

Il nuovo diritto di famiglia ha riservato al coniuge la metà del patrimonio dell'altro coniuge (art. 540 C.C.) per il caso in cui egli non concorra alla successione con i figli del *de cuius*.

³⁹ CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, p. 179.

⁴⁰ Si deve precisare che le quote riservate ai legittimari si riferiscono a tutto il patrimonio del *de cuius*, mentre le quote della successione legittima si riferiscono al solo *relictum*.

Qualora, invece, il coniuge concorra con i figli la sua quota si riduce e precisamente ad un terzo del patrimonio nel caso in cui il coniuge concorra con un solo figlio e ad un quarto nel caso in cui i figli siano più di uno (art. 542 C.C.).

La riserva a favore del coniuge rimane invece inalterata nel caso di concorso con gli ascendenti legittimi ai sensi dell'art. 544 C.C.

In ogni caso, al coniuge sono poi riservati i diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso dei mobili che la corredano, se di proprietà del *de cuius* o beni comuni della coppia.

Ai sensi dell'art. 540 comma secondo C.C., tali diritti gravano sulla porzione disponibile e quando questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli.

Il coniuge separato senza addebito gode dello stesso trattamento del coniuge nell'ipotesi di base, mentre il coniuge separato con addebito ha diritto ad un assegno vitalizio se, al momento dell'apertura della successione, godeva degli alimenti a carico del coniuge defunto.

Quanto alla natura giuridica dell'assegno vitalizio attribuito al coniuge superstite separato con addebito, si è discusso se esso abbia natura alimentare o non alimentare.

In effetti, come hanno notato alcuni autori⁴¹, la legge non fa riferimento allo stato di bisogno e questo rilievo dovrebbe presumibilmente portarci ad attribuire all'assegno natura giuridica non alimentare.

Del resto altri⁴² ritengono che l'assegno abbia natura giuridica alimentare, dato che al momento della sua attribuzione il coniuge beneficiario versa evidentemente in stato di bisogno.

Pertanto, coerentemente con la natura alimentare dell'assegno, esso non sarà cedibile, né compensabile né pignorabile.

⁴¹ CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, p. 109.

⁴² GABRIELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. Al dir.it. della famiglia*, a cura di CIAN, OPPO, TRABUCCHI, Padova, 1992, vol. V, p. 86.

Il coniuge divorziato perde invece il diritto a succedere per il semplice fatto che viene meno il presupposto dello stato di coniuge.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 9 bis della legge n. 898 del 1970⁴³ “ a colui al quale è stato riconosciuto il diritto alla corresponsione periodica di somme di denaro a norma dell'art. 5, qualora versi in stato di bisogno, il tribunale, dopo il decesso dell'obbligato, può attribuire un assegno periodico a carico dell'eredità, tenendo conto dell'importo di quelle somme, della entità del bisogno, dell'eventuale pensione di reversibilità, delle sostanze ereditarie, del numero e della qualità degli eredi e delle loro condizioni economiche”.

Per quanto riguarda il coniuge putativo⁴⁴, invece, la legge all'art. 584 C.C. prevede che il coniuge conservi il diritto a succedere *ab intestato* e che gli spettino i diritti di abitazione e di uso di cui all'art. 540 C.C.

Si è a lungo discusso della natura giuridica dei diritti di cui all'art. 540 C.C.

Secondo la dottrina più autorevole, si tratterebbe di un legato che trova la sua fonte nella legge invece che nella volontà del testatore e che grava sulla disponibile ed, in caso di incapacità della stessa, anche sulla quota di riserva del coniuge ed in subordine su quella dei figli⁴⁵.

Il titolo *ex lege* della chiamata consente all'erede di decidere se accettare la chiamata a titolo di erede e rifiutare il legato, oppure accettare solo il secondo e rinunciare alla prima oppure ancora accettare o rinunciare ad entrambi.

Il fondamento dell'art. 540 C.C. non deve essere semplicisticamente rinvenuto nella preoccupazione di ordine economico di un coniuge a che le esigenze abitative dell'altro siano soddisfatte con sicurezza, ma affonda le proprie radici

⁴³ modificata dalla legge 1 agosto 1978 n. 436 e dalla legge 6 marzo 1987, n. 74.

⁴⁴ cioè il coniuge superstite che è unito al *de cuius* da un matrimonio contratto in buona fede, ma dichiarato poi nullo dopo la morte del *de cuius*.

⁴⁵ Si legga a tal proposito MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione necessaria*, cit. p. 167.

anche nell'interesse emotivo del coniuge a conservare un legame con la casa in cui la sua vita familiare si è svolta⁴⁶.

I figli rappresentano un'altra categoria di legittimari a cui la legge riserva una quota di eredità ed, in particolare, il loro diritto esclude quello degli ascendenti a succedere per via necessaria.

In assenza di coniuge superstite, la quota è di metà del patrimonio se vi è un unico figlio, mentre è di due terzi se vi sono più figli a concorrere; nel caso in cui concorra anche il coniuge, la quota si riduce ad un terzo se il figlio è unico, mentre corrisponde alla metà, se il defunto ha lasciato più figli.

Nel caso di rinuncia all'eredità da parte di uno dei legittimari o di rinuncia all'esperienza dell'azione di riduzione, ci si è chiesti come debbano essere calcolate le quote di riserva spettanti agli altri legittimari.

Le soluzioni delineabili in astratto potrebbero essere due: calcolare le quote sulla base del numero dei legittimari chiamati dalla legge a succedere al momento dell'apertura della successione, oppure effettuare il calcolo sulla base del numero dei legittimari che vengano effettivamente alla successione.

Mengoni propende per la prima soluzione⁴⁷, mentre la Cassazione sul punto ha un orientamento oscillante⁴⁸. A sostegno della prima interpretazione è utile il richiamo all'art. 521 C.C., secondo cui chi rinuncia all'eredità "è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato".

Sulla base di tale interpretazione della norma, per esempio, se uno dei due figli legittimari rinuncia, egli dovrà essere considerato come un estraneo e, pertanto, l'altro figlio avrà diritto per successione necessaria alla metà dell'asse ereditario e non solo ad un terzo.

⁴⁶ Per un approfondimento si legga la sentenza Corte Cost. 26 maggio 1989 n. 310 e tra le voci dottrinali sempre MENGONI, *Successioni per causa di morte*. Parte Speciale. *Successione necessaria*, cit. p. 176.

⁴⁷ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, cit., p. 163.

⁴⁸ Diverse pronunce avallano la soluzione adottata da Mengoni, mentre la sentenza della Cass. Sez. Unite, 12 giugno 2006 n. 13524 fa riferimento alla situazione teorica esistente al momento dell'apertura della successione.

La Suprema Corte, invece, nelle pronunce Cass. 9 giugno 2006, n. 13429⁴⁹ e Cass. 12 giugno 2006, n. 13524⁵⁰ segue un percorso argomentativo diverso: il richiamo all'art. 521 C.C. non giustificerebbe un accrescimento delle quote nell'ambito della successione necessaria. Infatti, la norma disciplina la rinuncia nella successione legittima e nell'ambito della successione legittima l'istituto dell'accrescimento serve a dare una devoluzione certa alla quota di eredità che rimane vacante; nella successione necessaria, invece, la quota che sarebbe spettata al legittimario che rinuncia all'azione di riduzione non ha una devoluzione incerta, ma semplicemente donatari, legatari ed eredi conserveranno una quota maggiore.

Inoltre, se la *ratio* della successione necessaria è anche quella di mettere il *de cuius* a conoscenza di quanto può lasciare del suo patrimonio a terzi, questa certezza verrebbe meno se la quota disponibile potesse cambiare, dopo l'apertura della successione in dipendenza di quanti legittimari agiscono in riduzione e quanti no.

Quanto alla posizione successoria dei figli, prima della riforma di cui alla l. 219/2012, lo *status* dei figli legittimi era parificato a quello dei figli naturali, ad eccezione della facoltà di commutazione di cui all'art. 537 terzo comma C.C. Sembra opportuno fare una ricognizione dei problemi che l'istituto della commutazione sollevava.

La commutazione comportava la possibilità da parte di figli legittimi di soddisfare in denaro o beni immobili la quota riservata ai figli naturali, al fine di estrometterli dalla comunione ereditaria.

Ci si chiedeva se il diritto di commutazione fosse un diritto individuale di ogni figlio, oppure se dovesse considerarsi come collettivo e quindi esercitabile solo previo accordo dei vari legittimati attivi.

⁴⁹ In *Corriere Giuridico*, 2006, 1711, con nota di STEFINI, *Determinazione della quota di riserva in presenza di legittimari rinunzianti all'azione di riduzione*.

⁵⁰ In *Guida al diritto*, 2006, 28, 62, con nota di LEO, *La rinuncia all'azione di riduzione non può essere considerata irrilevante*, in *Giustizia Civile*, 2007, I, 2855, con nota di BULGARELLI, BULGARELLI, *Il legittimario c'è, ma non si vede*.

Secondo Capozzi⁵¹ era ragionevole pensare che i legittimari dovessero trovare un accordo sull'esercizio del diritto di commutazione; se così non fosse stato, si avrebbe avuto l'effetto paradossale di consentire ad un coerede di disporre dei beni comuni, senza il consenso degli altri. Inoltre, una tale possibilità avrebbe vanificato l'intento sotteso all'istituto della commutazione stesso, che consisteva nell'estromettere definitivamente i figli naturali dalla comunione ereditaria⁵².

Dopo aver escluso l'esercizio individuale del diritto di commutazione, restava da domandarsi se il diritto in oggetto potesse essere esercitato solo nei confronti di alcuni figli naturali e non di tutti.

La soluzione che negava un esercizio mirato del diritto sembrava doversi escludere sulla base dei seguenti rilievi: essa sembrava *prima facie* lesiva del principio di parità ed uguaglianza tra i figli naturali; inoltre, la norma sembrava riferirsi alla commutazione della quota di tutti i figli naturali e non delle singole quote⁵³.

Ci si chiedeva se il denaro da utilizzare per la commutazione dovesse necessariamente far parte dell'asse ereditario oppure no. Prevalente in dottrina⁵⁴ era l'opinione secondo la quale il denaro non dovesse necessariamente avere provenienza ereditaria, anche se qualche autore sosteneva l'opinione più restrittiva⁵⁵.

Si potrebbe sostenere che la previsione della facoltà di commutazione fosse un chiaro elemento di disparità nel trattamento successorio dei figli naturali rispetto a quelli legittimi. Del resto il figlio naturale poteva opporsi alla commutazione e non poteva essere privato, neppure in caso di commutazione, dei beni devoluti a suo favore da parte del testatore.

⁵¹ CAPOZZI, *Successioni e Donazioni, Successioni e Donazioni*, tomo 1, Milano, 2002, p. 284.

⁵² CAPOZZI, *Successioni e Donazioni, Successioni e Donazioni*, cit., p. 284.

⁵³ Questa l'interpretazione avallata da MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione necessaria*, cit., p. 96 e CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 284.

⁵⁴ Su tutti si faccia riferimento a FERRI, *Dei legittimari, Art. 536-564*, 2ed., Bologna, Zanichelli; Roma, Soc. ed. del Foro italiano, 1981, p.36, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 163, CATTANEO, *I legittimari ed i loro diritti*, in *Tratt. Dir. civ. diretto da Rescigno*, Torino 1997,5, p. 396.

⁵⁵ GABRIELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. Al dir. It. della famiglia*, a cura di CIAN, OPPO, TRABUCCHI, Padova, 1992, vol.V, p.79.

Per quanto invece riguarda i figli non riconoscibili, cioè quelli incestuosi, ai sensi dell'art. 594 c.c., se il testatore non disponeva a loro favore, essi avevano semplicemente diritto alla corresponsione di un assegno vitalizio⁵⁶.

Esso appariva come un legato obbligatorio *ex lege* di rendita vitalizia, che grava sugli eredi, sui donatari e sugli altri legatari⁵⁷.

Giova precisare che tale assegno non aveva natura alimentare, nella misura in cui si basava su un generale principio di solidarietà familiare e prescindeva dallo stato di bisogno del figlio; di conseguenza, il credito all'importo dell'assegno era cedibile, compensabile e transigibile⁵⁸.

La commutazione presupponeva una manifestazione della volontà di commutare, era un negozio giuridico unilaterale recettizio che si perfezionava nel momento in cui i figli naturali giungevano a conoscenza della dichiarazione⁵⁹.

Non può sfuggire il fatto che la norma non prevedeva un termine entro il quale i figli legittimi dovessero esercitare il loro diritto di commutazione, né un termine entro il quale i figli naturali dovessero opporsi ad esso.

Parte della dottrina riteneva che non fosse possibile in questo caso rivolgersi al giudice per ottenere la fissazione di un termine⁶⁰, mentre al contrario altri autori ritenevano che la possibilità di chiedere al giudice la fissazione di un termine per l'esercizio del diritto di commutazione discendesse dall'applicazione analogica dell'articolo 481 C.C.⁶¹, mentre la possibilità di fissare un termine per

⁵⁶ Questo assegno vitalizio può essere qualificato come legato *ex lege*, in modo analogo rispetto ai diritti di cui all'art. 540 C.C. e non ha natura alimentare perché prescinde dallo stato di bisogno del beneficiario.

⁵⁷ A partire dall'individuazione degli onerati del pagamento dell'assegno, tra i quali sono compresi i donatari, Guido Capozzi (in *Successioni e Donazioni*, cit., p. 274) fa una riflessione sulla base per la commisurazione dell'assegno medesimo, concludendo che il suo importo debba essere calcolato non solo sul *relictum*, ma anche sul *donatum*.

⁵⁸ L'art. 447 c.c. nega invece la transigibilità, la compensabilità e la cedibilità per i crediti alimentari.

⁵⁹ CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 281.

⁶⁰ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit.

⁶¹ CANTELMO, *I beneficiari della riserva*, in *Successioni e donazioni*, a cura di RESCIGNO, Padova, vol.I, 1994, p. 496.

l'opposizione dei figli naturali alla commutazione derivasse dall'applicazione analogica dell'articolo 645 C.C.^{62 63}.

Si discuteva se i figli non riconoscibili aventi diritto all'assegno fossero qualificabili come legittimari e se l'assegno costituisse un diritto di legittima, il cui oggetto veniva determinato dalla legge oppure no.

Qualche autore fermamente negava la qualifica di legittimario ai figli naturali non riconoscibili e sosteneva che l'assegno fosse soltanto un onere gravante su coloro i quali avessero ricevuto attribuzioni gratuite dal *de cuius*⁶⁴.

Altri sostenevano invece che l'assegno spettante al figlio naturale non riconoscibile fosse ad ogni effetto un diritto di legittima prevalente sulla volontà del *de cuius*⁶⁵.

Ad ogni modo, sul piano della disciplina vi sarebbe stata una differenza tra una tipica azione di riduzione ed un'azione di riduzione volta ad attuare il diritto di un figlio naturale non riconoscibile: se di regola venivano prima ridotte le disposizioni testamentarie e solo successivamente le donazioni in ordine temporale a partire dall'ultima, nel caso del figlio naturale non riconoscibile si aveva una proporzionale e contemporanea riduzione di tutte le liberalità *mortis causa* ed *inter vivos*⁶⁶.

Pare opportuno fare ora il punto delle novità apportate dalla legge 219/2012 in materia di non riconoscibilità della filiazione e relative tutele.

⁶² Così CATTANEO, *I legittimari ed i loro diritti*, in *Tratt. Dir. civ. diretto da Rescigno*, Torino 1997, 5, p. 440.

⁶³ Per maggior chiarezza si riportano di seguito le norme citate, delle quali si è sostenuta l'applicazione analogica.

L'art. 481 C.C., riguardante la fissazione di un termine per l'accettazione dell'eredità recita: "*Chiunque vi ha interesse può chiedere che l'autorità giudiziaria fissi un termine entro il quale il chiamato dichiari se accetta o rinuncia all'eredità. Trascorso questo termine senza che abbia fatto la dichiarazione, il chiamato perde il diritto di accettare*". L'art. 645 C.C. in tema di condizione apposta all'istituzione di erede o al legato recita invece: "*Se la condizione apposta all'istituzione di erede o al legato è sospensiva potestativa e non è indicato il termine per l'adempimento, gli interessati possono adire l'autorità giudiziaria perchè fissi questo termine*".

⁶⁴ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 242.

⁶⁵ BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, p. 519.

⁶⁶ Art. 594 c.c

La riforma ha rimosso il divieto di riconoscimento dei figli incestuosi, che potranno essere riconosciuti previa autorizzazione giudiziale (novellato art. 251 C.C.); di conseguenza essi parteciperanno alla comunione ereditaria in posizione analoga a quella degli altri figli del *de cuius*.

Del resto, la dicitura di figlio non riconoscibile non deve ritenersi del tutto superata. Essa tuttora comprende: i figli nati da genitori che non hanno compiuto i sedici anni di età e non hanno avuto l'autorizzazione al riconoscimento dal Tribunale, i figli ultraquattordicenni che non prestano il consenso al riconoscimento, i figli infraquattordicenni che non possono essere riconosciuti per mancanza del consenso del genitore che ha già effettuato il riconoscimento (salvo autorizzazione del Tribunale), il figlio privo di assistenza che viene dichiarato adottabile. Infine, si noti come il figlio matrimoniale riconosciuto da altri è non riconoscibile per il padre biologico⁶⁷.

Quindi, anche se la riforma ha previsto l'unicità dello stato di figli, in dottrina è stato osservato come le tutele di cui agli artt. 580 e 594 c.c. non risultino del tutto superate, bensì restino vigenti per quei soggetti che non hanno alcuno stato di filiazione (per aver rifiutato il consenso al riconoscimento) oppure hanno un diverso stato di filiazione⁶⁸.

Gli ascendenti rappresentano una categoria peculiare di legittimari nel sistema italiano, nella misura in cui partecipano alla successione solo nell'ipotesi in cui il *de cuius* sia morto senza lasciare figli legittimi e naturali. Nel caso in cui concorrano con il coniuge del *de cuius* hanno diritto solo ad un quarto del patrimonio ereditario mentre se sono gli unici sopravvissuti ricevono una quota di legittima equivalente ad un terzo⁶⁹.

⁶⁷ SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, III, 239.

⁶⁸ SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, III, 239.

⁶⁹ Giova a tale riguardo ricordare che appartengono alla categoria degli ascendenti legittimi anche i genitori adottivi ed i loro ascendenti legittimi che sono tali in virtù di un'adozione legittimante; al contrario non acquisiscono la qualità di legittimari i genitori adottivi nel caso di adozione di persone di maggiore età. Una tale diversificazione della disciplina operante si spie-

Nel sistema italiano il convivente di fatto, oltre ad essere escluso non gode del trattamento successorio riconosciuto al coniuge ed è escluso sia dalla successione necessaria, sia da quella legittima.

Nondimeno, un convivente è assolutamente libero di disporre per testamento la devoluzione di tutte le sue sostanze alla compagna; ma resta il fatto che tale disposizione assume un carattere di stabilità solo nella misura in cui i beni devoluti non eccedono la quota disponibile; in caso contrario i soggetti che la legge italiana indica come legittimari avranno titolo per agire in riduzione.

Un'eccezione alla regola dell'esclusione del convivente dalla successione legittima e necessaria è rappresentata dalla successione anomala del convivente nella posizione contrattuale di conduttore che il *de cuius* aveva nel rapporto di locazione dell'immobile abitato dai conviventi.

Tale successione anomala è stata introdotta e riconosciuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza 7 aprile 1988 n. 404 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 6 della Legge del 1978, n. 392.

Con questa sentenza, i giudici costituzionali hanno riflettuto sulla *ratio* sottesa alla successione nel contratto di locazione, evidenziando come l'oggetto di tutela della norma non fosse la famiglia legittima, ma una cerchia più estesa di conviventi, che potrebbero anche essere soggetti estranei alla famiglia.

Su un piano più ampio, si è molto riflettuto sulla posizione successoria del convivente e sulle ragioni che giustificano su un piano sistematico la diversità rispetto al trattamento successorio del coniuge.

In particolare ci si è chiesti se sussistesse una questione di legittimità costituzionale degli artt. 565 e 582 c. c. alla luce degli artt. 2 e 3 Cost. nella parte in cui non includevano tra i chiamati all'eredità per legge il convivente *more uxorio* e se si è chiesti ancora se, alla luce dei medesimi articoli della Costituzione, non

ga nella misura in cui nell'adozione di minore regolata dall'art. 27 della legge 4 maggio 1983 n. 184 vengono meno i rapporti dell'adottato con la famiglia d'origine e quindi il genitore adottivo può essere parificato al genitore legittimo anche nel trattamento successorio.

fosse illegittimo privare il convivente *more uxorio* dei diritti di cui all'art. 540 C.C.

Sempre la Corte costituzionale, nella sentenza 26 maggio 1989, n. 310 ha ritenuto infondata la questione di legittimità sul differente trattamento successorio; tuttavia autorevoli voci in dottrina continuano a sostenere che la morte di un *partner* determini una situazione del tutto assimilabile, dal punto di vista socio-economico alla morte del coniuge⁷⁰.

La spinta alla sostanziale assimilazione delle due fattispecie si fa più forte se si pensa che, se da una parte si priva di ogni diritto successorio il convivente che abbia passato una vita col *de cuius*, dall'altra si attribuiscono diritti successori di coniuge anche a chi sia stato sposato senza aver figli e si sia separato di fatto pochissimo tempo dopo il matrimonio⁷¹.

E' pur vero, come si potrà obiettare, che il convivente che voglia godere del trattamento successorio del coniuge non dovrebbe far nient'altro che diventarlo sposandosi; ma da una parte trattasi pur sempre di una coartazione o per lo meno di una flessibilizzazione della libertà personale di decidere del proprio privato, dall'altra, in un'ottica di bilanciamento ci si potrebbe chiedere se una modifica della disciplina successoria sia ostacolata da ragioni aventi un rilievo così importante da giustificare comunque il sacrificio in oggetto, pur di lasciare la disciplina stessa invariata.

Nessun altro istituto o schema negoziale italiano⁷² consente, peraltro, ad un convivente di assicurarsi una posizione successoria rispetto alla successione del

⁷⁰ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in Tratt. di diritto comparato, diretto da SACCO, Torino, 2002, p. 97 ss.

⁷¹ La fissità del nostro sistema di norme sulla successione necessaria - che come vedremo costituisce una delle principali differenze rispetto al sistema inglese della *family provision* - non consente ai giudici di ridurre i diritti successori di un coniuge neppure in questo particolare caso.

⁷² Per la verità alcuni strumenti civilistici possono fornire una forma di tutela al convivente che vada incontro al decesso del compagno/a.

Il convivente potrà costituire a favore del compagno/a un diritto di usufrutto vitalizio del bene dove coabitano. In questo modo, l'esigenza abitativa del compagno viene soddisfatta vita natural durante, ma comunque il diritto non cadrà nella successione dell'usufruttuario, ma si estin-

proprio *partner*, posto che il nostro ordinamento prevede un divieto inderogabile di patti successori⁷³ e la libertà testamentaria conosce il limite derivante dal rispetto delle quote di legittima.

Una volta identificati i legittimari, è opportuno precisare quando si configura quella situazione patologica dei loro diritti, che li legittima all'esperimento dell'azione volta a reintegrarli.

Perché un legittimario possa effettivamente dirsi leso è preliminarmente necessario calcolare l'entità della sua quota di riserva al fine di compararla al valore dei beni effettivamente da lui conseguiti a titolo *mortis causa*.

L'operazione contabile necessaria per l'individuazione della quota di legittima è la riunione fittizia, che consente di risalire alla precisa entità dell'asse ereditario, che costituirà la base di calcolo delle quote di riserva.

Le operazioni di calcolo sono descritte all'art. 556 C.C.⁷⁴ che, come tutte le disposizioni che presiedono alla tutela dei diritti dei legittimari, ha carattere inderogabile.

guerà alla sua morte, salvo il caso in cui il disponente abbia optato per la costituzione di un usufrutto successivo a favore di un beneficiario vivente al momento della costituzione del diritto. In ogni caso, qualsiasi disposizione realizzata dal *de cuius* e sorretta da spirito di liberalità godrà di una moderata stabilità, perché dopo la morte del disponente i suoi legittimari, lesi nella quota di riserva, potranno sottoporre queste disposizioni a riduzione, in quanto liberalità indirette. Si pensi, poi, alle possibilità di tutela del convivente che derivano dalla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo, con prestazione da effettuarsi dopo la morte dello stipulante, al contratto di rendita vitalizia o infine alle possibili applicazioni dell'atto di destinazione di cui all'art. 2643 C.C. Pur non essendo possibile approfondire il problema nell'ambito del presente lavoro, per una trattazione che dia la dimensione della complessità del tema e dei limiti dell'applicazione degli istituti in oggetto si legga OBERTO, *Famiglia di fatto e convivenza: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, VI, 661.

⁷³ In particolare, l'art. 458 c.c. recita "E' nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. E' del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta o rinuncia ai medesimi". La norma in oggetto viene costantemente qualificata come norma di ordine pubblico e quindi inderogabile.

⁷⁴ L'articolo indica come calcolare la quota dell'asse di cui il defunto poteva liberamente disporre, al fine di valutare se con le disposizioni testamentarie e le liberalità effettuate l'abbia rispettata o superata: "Per determinare l'ammontare della quota di cui il *de cuius* poteva liberamente disporre si forma una massa di tutti i beni che appartenevano al defunto al momento della morte, detraendone i debiti. Si riuniscono quindi fittiziamente i beni di cui sia stato disposto a titolo di donazione, secondo il valore determinato in base alle regole dettate negli articoli 747 a 750 C.C., e sull'asse così formato si calcola la quota di cui il defunto poteva disporre".

In primis si guarda a ciò che resta, ossia si determina il *relictum*, in seguito si detraggono dal *relictum* le passività, cioè i debiti, comprese le spese funebri e quelle per la redazione dell'inventario. In terzo luogo, alla somma ottenuta si aggiunge il *donatum*, ossia il valore delle donazioni effettuate in vita dalla persona defunta e più in generale di tutti i beni di cui il *de cuius* abbia disposto con un atto di liberalità⁷⁵.

La stima del valore del *relictum* e del *donatum*, nonché dei debiti deve essere fatta secondo il valore che essi hanno al momento dell'apertura della successione.

Sull'asse così ottenuto si calcolano le quote di legittima; dopodiché per verificare se il legittimario sia leso, egli dovrà effettuare la cosiddetta imputazione *ex se*, cioè imputare le donazioni, le liberalità ed i legati disposti dal *de cuius* a suo favore per verificare se tali disposizioni bastino a coprire la quota a lui spettante oppure no.

L'imputazione non ha luogo in ogni caso necessariamente: infatti il disponente può dispensare il beneficiario dall'imputazione⁷⁶. In questo modo viene vinta la presunzione che una determinata donazione sia stata effettuata come anticipazione di legittima e si "colloca" per così dire la donazione a carico della quota disponibile.

Inutile dire che l'istituto della dispensa non può derogare al regime inderogabile sull'intangibilità dei diritti dei legittimari; pertanto, coerentemente, la dispensa sarà efficace soltanto nei limiti della quota disponibile. Se così non fosse,

⁷⁵ Si noti come ai fini della riunione fittizia debbano essere prese in considerazione anche le donazioni miste, nella misura in cui relizzano un'attribuzione economica a favore del donatario, non sorretta da alcun corrispettivo e le donazioni nulle, per le quali il donante ha lasciato decorrere il termine di prescrizione per l'azione di ripetizione.

Nel caso delle donazioni simulate, il legittimario potrà far valere la simulazione e, secondo la giurisprudenza (su tutte Cass. 26 aprile 2002, n. 6078) nel far ciò sarà considerato come soggetto terzo, libero di ricorrere ad ogni mezzo di prova, compresa quella per testimoni e per presunzioni.

⁷⁶ La dispensa è sostanzialmente una clausola che può trovare collocazione nello stesso atto di donazione, oppure in un testamento. Si è a lungo discusso in dottrina della natura giuridica della dispensa, se fosse un atto a natura giuridica *inter vivos* o *mortis causa* e come eventualmente potesse essere revocata.

si darebbe al testatore uno strumento per privilegiare un legittimario a costo della compressione del diritto che la legge riconosce agli altri ed in spregio al principio di intangibilità della quota di legittima.

3. *L'intangibilità della quota di legittima*

Il limite della disponibile che determina il confine dell'efficacia della dispensa dalla imputazione, cui si è fatto sopra riferimento è uno degli esempi della solidità e pervasività che nel nostro sistema giuridico ha il principio di intangibilità della quota di legittima.

Se tale limite non fosse osservato, le disposizioni *mortis causa* o *inter vivos* dispensate oltre la misura consentita sarebbero rese inefficaci dal vittorioso esperimento dell'azione di riduzione.

Ma le estrinsecazioni del principio di intangibilità sono davvero molteplici.

L'articolo 549 C.C. prevede che il testatore non possa imporre pesi o condizioni sulla quota di legittima.

Ci si è chiesti in dottrina se l'intangibilità debba essere intesa in senso quantitativo o qualitativo.

L'opinione prevalente⁷⁷ propende per la prima soluzione, nella misura in cui il legittimario avrebbe diritto ad un valore di beni e non ad una specie di beni determinati. In altre parole, il testatore sarebbe libero di stabilire i beni che intende assegnare al legittimario come quota del patrimonio⁷⁸.

Un chiaro indizio del fatto che il nostro ordinamento accolga il principio di intangibilità della legittima nella sua accezione quantitativa è rappresentato

⁷⁷ Cass., 12 settembre 2002, n. 13310.

⁷⁸ CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 287

dall'art. 588 C.C., che consente al *de cuius* l'attribuzione di beni determinati in funzione di quota.

L'accezione quantitativa è ancora confermata dall'art. 734 C.C. sulla divisione del testatore, che gli attribuisce la facoltà di dividere i suoi beni tra gli eredi, comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile⁷⁹. Ciò significa che il testatore può comporre le quote di riserva di ciascun legittimario con i beni che ritiene più opportuni.

L'approdo più estremo della teoria dell'intangibilità quantitativa è l'ammissione della possibilità del testatore di comporre le quote dei legittimari con beni non ereditari, ma ad esempio con diritti di credito verso il coerede.

La dottrina⁸⁰ e la giurisprudenza prevalenti⁸¹ sostengono però che la composizione delle porzioni possa sì avvenire con beni di qualsiasi natura, ma che siano parte dell'asse ereditario.

Coerentemente, il testatore non sarà tenuto a formare le porzioni con diritti di proprietà piena ma potrà scegliere di attribuire anche altri diritti⁸².

Il principio di intangibilità della quota di riserva ha posto un problema di compatibilità con alcuni istituti del diritto successorio italiano; nell'ambito della presente trattazione si ritiene di dare alcuni cenni, sui seguenti: la cautela sociniana di cui all'art. 550 c.c., il legato in sostituzione ed in conto di legittima di cui rispettivamente agli artt. 551 e 552 c.c., il patto di famiglia di cui al nuovo art. 768 bis c.c. ed, infine, il *trust*.

La cautela sociniana è un istituto che opera nel caso in cui il testatore abbia disposto di un usufrutto o di una rendita vitalizia il cui reddito eccede quello della porzione disponibile.

⁷⁹ CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 287

⁸⁰ Su tutti si legga L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 103

⁸¹ Per un'enucleazione del ragionamento che è rimasto fermo si legga la sentenza della Cassazione del 28 giugno 1968 n. 2202.

⁸² CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, tomo 1, Milano, 2002, p. 288.

In questi casi è difficile stabilire se vi sia stata lesione della legittima perché ciò richiederebbe una capitalizzazione dell'usufrutto, operazione che sembra incerta ed aleatoria.

Per ovviare a questo problema, l'art. 550 c.c. offre al legittimario la possibilità di scegliere se eseguire la disposizione testamentaria oppure abbandonare la nuda proprietà della porzione disponibile.

Tale diritto di scelta non necessita di una forma specifica e può manifestarsi anche per comportamenti concludenti. In quanto espressione di una valutazione soggettiva da parte del legittimario, non rientra affatto nel concetto di azione di riduzione⁸³.

Per mezzo dell'esercizio della facoltà di scelta da parte del legittimario, l'oggetto originario della disposizione testamentaria verrebbe sostituito da una quota di beni in piena proprietà⁸⁴.

Non sono mancate disquisizioni teoriche sul titolo della chiamata del legittimario in caso di attivazione del rimedio della cautela sociniana; secondo un primo orientamento⁸⁵ il legatario sarebbe destinatario di due vocazioni: una testamentaria relativa al reddito o alla nuda proprietà della disponibile ed una legale relativa alla nuda proprietà o all'usufrutto abbandonato dal legittimario.

Secondo un altro orientamento⁸⁶, si avrebbe una sostituzione della vocazione testamentaria con una vocazione legale nella piena proprietà della disponibile.

Mengoni⁸⁷ accoglie a sua volta la tesi dell'unicità della vocazione, sottolineando solo come si avrebbe una semplice modifica dell'oggetto della disposizione a titolo particolare.

⁸³ Così CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, tomo 1, Milano, 2002, p. 291.

⁸⁴ Così su tutti MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 360

⁸⁵ CICU, *Le successioni*, Milano, 1947.

⁸⁶ COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938, p. 319 ss.

⁸⁷ MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*, cit., p. 357.

Il legato in sostituzione di legittima è disciplinato dall'art. 551 C.C., che recita: “*Se a un legittimario è lasciato un legato in sostituzione della legittima, egli può rinunciare al legato e chiedere la legittima*”.

Per mezzo dell'istituto del legato in sostituzione di legittima, il testatore fa al legittimario un'attribuzione patrimoniale a titolo particolare, in modo tale che lo stesso non assume la qualità di erede e non partecipa alla comunione ereditaria⁸⁸.

Una tale disposizione testamentaria può trovare la sua motivazione nella volontà del *de cuius* di non frazionare eccessivamente i suoi beni, di evitare che un determinato soggetto partecipi alla comunione ereditaria, oppure di far in modo che un determinato successibile sia posto al riparo dal pagamento di eventuali debiti.

A fronte di questa chiamata a titolo particolare il legittimario può decidere se accettare il legato o meno; in caso di decisione affermativa egli perde il diritto di chiedere il supplemento nel caso in cui il valore del legato sia inferiore a quello della legittima, perde definitivamente il diritto di diventare erede, ma egli non risponderà dei debiti ereditari⁸⁹.

Come è la norma di riferimento stessa a prevedere, il legato grava sulla porzione indisponibile, ma se il valore del legato eccede quello della legittima spettante al legittimario, per l'eccedenza il legato grava sulla disponibile.

⁸⁸ Si vedrà nel paragrafo “*L'indegnità e la diseredazione*” come alcuni autori abbiano ravvisato nel legato in sostituzione di legittima un caso di diseredazione anomala del legittimario, disciplinata dalla legge. Cfr STIVANELLO-GUSSONI, *Inversione di rotta: è ammissibile la clausola diseredativa autonoma*, in *Quaderni del progetto dottorale di alta formazione in scienze giuridiche e del centro studi giuridici del dipartimento di economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*, Venezia, 2013, parte III, Osservatorio, p. 450; BERGAMO, *Brevi cenni sulla diseredazione anomala implicita*, in *Giur. it.*, 2000, 1801.

⁸⁹ La Giurisprudenza italiana ha fatto i conti con una ricca casistica in cui è particolarmente difficile ricostruire la volontà del testatore per capire se chiami il legittimario a titolo di legato o di eredità. In mancanza di una chiara intenzione del disponente, il legato deve essere inteso come disposizione in mero conto di legittima. Così Cass. Civ., 29 luglio 2005, n. 16083.

In caso di rinuncia al legato, invece, il legittimario, trovandosi nella posizione di pretermesso, potrà ottenere la qualità di erede e la sua quota di legittima attraverso l'azione di riduzione.

Si è a lungo discusso in dottrina della natura giuridica di questo legato e sulla natura giuridica della vocazione. La Giurisprudenza⁹⁰ sembra qualificarlo come un legato sottoposto ad una condizione risolutiva-potestativa rappresentata dalla rinuncia

Quanto alla vocazione, secondo Mengoni non vi sarebbe una doppia vocazione (per testamento e per legge) a favore del legatario sostitutivo, ma si avrebbero due chiamate successive: inizialmente il legittimario è chiamato solo per legge come legatario; solo in seguito, se rinuncia al legato ed agisce in riduzione, scatterà la chiamata a titolo di erede e diventerà erede.

Ci si è chiesti se il divieto di apposizione di pesi di cui all'art. 549 c.c. operi anche o meno avuto riguardo al legato sostitutivo. La tesi affermativa parte dal rilievo che il legato in sostituzione di legittima non sarebbe altro che la legittima sottoforma di legato⁹¹.

Secondo un diverso orientamento⁹², l'art. 549 c.c. non si applicherebbe proprio perché il legato sostitutivo non è la quota di riserva, ma semplicemente la sostituisce; se sullo stesso vi è un peso non gradito che limita l'attribuzione patrimoniale, il legittimario potrà sempre chiedere la legittima.

Con riferimento alla modalità per l'accettazione del lascito sostitutivo, esso in quanto legato verrà accettato automaticamente, ma la dichiarazione di accettazione espressa sarà utile a dare definitività all'acquisto effettuato.

Nel legato in conto di legittima di cui all'art. 551 comma secondo C.C. invece, il testatore attribuisce al legittimario dei beni, il cui valore dovrà essere

⁹⁰ Su tutte si legga la sentenza Cass.26 gennaio 1990 n. 459.

⁹¹ MENGONI, *op. e loc. ult. cit.*

⁹² Su tutti i sostenitori della teoria esposta si leggano CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 288 e IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, p. 24.

valutato ai fini della legittima, ma non impedirà al legittimario stesso di chiedere un supplemento in caso di insufficienza della somma attribuita⁹³.

E' discusso se il beneficiario della disposizione sia un vero legatario oppure un erede testamentario.

Autorevoli autori⁹⁴ hanno sostenuto la tesi della chiamata a titolo di erede perché, a differenza del legittimario che riceve un legato in sostituzione di legittima, quello che riceve un legato in conto di legittima conserva la qualità di erede ed il legato viene considerato semplicemente come una sorta di acconto sulla quota di legittima e come tale deve essere imputato ai fini del calcolo della legittima stessa.

Il beneficiario è, insomma, un erede testamentario peculiare, in quanto la sua quota è composta in parte dall'oggetto del legato ed in parte dal supplemento.⁹⁵

Per ottenere il supplemento, il legatario non dovrà agire con l'azione di riduzione ma con la petizione di eredità.

L'istituzione di erede che caratterizza il legato con diritto al supplemento distingue quest'ultimo istituto dal legato in conto di legittima vero e proprio, nel quale il testatore lega semplicemente un bene al legittimario senza aggiungere né specificare nulla.

In questa ipotesi al legittimario si prospettano due possibilità: trattenere il legato e chiedere la differenza, oppure rinunciare al legato e chiedere tutta la legittima.

In questi casi, ai sensi dell'art. 552 c.c. il legittimario che rinuncia all'eredità, quando non si ha rappresentazione può sulla disponibile ritenere le donazioni o conseguire i legati a lui fatti.

⁹³ Da notarsi come siano ammesse le donazioni in conto di legittima, mentre non sono ammissibili le donazioni in sostituzione di legittima, nella misura in cui costituirebbero patti successori rinunciativi, che, come si è detto, il nostro ordinamento vieta con norma di ordine pubblico inderogabile.

⁹⁴ Così anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 466.

⁹⁵ CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 295.

Quando non vi sia stata espressa dispensa dall'imputazione, se per integrare la legittima è necessario ridurre le disposizioni testamentarie e le donazioni, restano salve le assegnazioni fatte dal testatore sulla disponibile, che non sarebbero soggette a riduzione se il legittimario accettasse l'eredità e si riducono le donazioni e i legati fatti a quest'ultimo.

L'istituto del patto di famiglia di cui all'art. 768 bis C.C., invece, è stato introdotto con la legge 14 febbraio 2006 n. 55: si tratta di un contratto mediante il quale l'imprenditore o il titolare di partecipazioni societarie trasferisce in tutto o in parte l'azienda o le proprie quote ad uno o più discendenti i quali contestualmente liquidano agli altri legittimari un importo corrispondente alla somma a cui essi avrebbero diritto se in quel momento si aprisse la successione, salva naturalmente l'ipotesi in cui essi vi rinuncino.

L'istituto sembra tutelare l'interesse del testatore e del mercato in genere a che l'attività imprenditoriale prosegua nel migliore dei modi⁹⁶; proprio a tal fine al testatore viene riconosciuta la facoltà di designare il soggetto oppure i soggetti più idonei a proseguire l'attività, evitando che la necessità di trovare un accordo tra eredi ingessi pericolosamente l'attività dell'impresa.

Per mezzo del patto di famiglia, determinati beni vengono assegnati in via definitiva ad alcuni soggetti e, proprio perché tale assegnazione sia stabile e l'attività di impresa possa proseguire stabilmente, si stabilisce che l'attribuzione non possa essere modificata nemmeno attraverso l'esperimento dell'azione di riduzione⁹⁷.

⁹⁶L'esigenza di introdurre una disciplina speciale per la successione nei beni produttivi è stata sollecitata in ambito comunitario nella Raccomandazione della Commissione UE del 7 dicembre 1994 "Sulla successione nelle piccole e medie imprese (94/1069/CE) e nella Comunicazione della Commissione 28 marzo 1998 n.98/C93/02. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2009, I, 453.

⁹⁷ Della quale si tratterà in seguito.

Con la sottoscrizione del patto di famiglia si perde, inoltre, il diritto alla colazione⁹⁸ e sicuramente si allenta la concezione della legittima come “quota di eredità” in senso stretto⁹⁹.

L'introduzione dell'istituto ha reso necessaria una modifica dell'art. 458 C.C., nel quale è stato inserito l'inciso “fatto salvo quanto disposto dagli artt. 768 bis e seguenti”. Infatti, secondo l'orientamento prevalente in dottrina, il patto rappresenterebbe una deroga al divieto dei patti dispositivo e rinunciativo¹⁰⁰.

Quanto ai rapporti tra il patto di famiglia e l'istituto della legittima, il legislatore non sembra percepire tra essi un'interferenza, ma alla adesione al patto semplicemente conseguirebbe una conversione della legittima in natura in un credito¹⁰¹. Perché tale conversione si realizzi, occorre l'accordo di tutti i legittimari¹⁰².

In caso di sopravvenienza di nuovi legittimari -ad esempio per matrimonio del *de cuius* in un tempo successivo al patto- questi ultimi potranno solo chiedere ai legittimari assegnatari la somma loro liquidata al tempo del patto, aumentata degli interessi legali. Ciò obbedisce sempre ad una logica di conservazione della stabilità del patto¹⁰³.

⁹⁸ Per una trattazione dell'istituto si legga in seguito.

⁹⁹ FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2009, fasc. 1, 454.

¹⁰⁰ Sembra da escludersi che il patto di famiglia rappresenti un patto successorio istitutivo, dal momento che realizza un'attribuzione immediata e non subordinata nell'efficacia alla morte dell'imprenditore: FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2009, fasc. 1, 454, 455; FUSARO, *I patti di famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, Bologna, vol. II, 2008, pp. 857ss.

¹⁰¹ FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2009, I, 454.

¹⁰² 454; FUSARO, *I patti di famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, Bologna, vol. II, 2008, pp. 857ss

¹⁰³ Per un'analisi comparatistica attenta dell'istituto del patto di famiglia si legga FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Quaderni del progetto dottorale di alta formazione in scienze giuridiche e del centro studi giuridici del dipartimento di economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*, Venezia, 2013, p. 353. Sull'istituto del patto di famiglia in generale si leggano OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 47; BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2006, II, 369 ss.; BONAFINI, *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1191 ss., DI MAURO, *I necessari parte-*

Anche l'istituto del *trust* ha posto un problema di compatibilità con la quota di legittima.

Con l'adesione dell'Italia alla Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata con la legge del 9 ottobre 1989 n. 364 ed entrata in vigore il 1 gennaio 1992, è stato introdotto nel nostro ordinamento l'istituto del *trust*, di provenienza tipicamente anglosassone.

Nella sua applicazione *mortis causa*, come si potrà facilmente intuire, il *trust* consente di realizzare una trasmissione intergenerazionale della ricchezza.

Ora che l'istituto del *trust* ha fatto la sua comparsa nel nostro sistema, il legittimario potrebbe ricevere la sua quota di riserva col gravame del vincolo in *trust*; ciò rappresenta una lesione dei diritti del legittimario, il quale invece dovrebbe ricevere la quota riservatagli libera da pesi e condizioni ai sensi dell'art. 549 C.C.¹⁰⁴.

Pertanto, la disposizione potrà essere impugnata nella misura in cui leda i diritti del legittimario¹⁰⁵.

Come è stato sottolineato da attenta dottrina¹⁰⁶, però, la tutela non è così semplice; infatti non è del tutto pacifica l'individuazione del soggetto contro il

cipanti al patto di famiglia, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 534 ss.; VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 447 ss.

¹⁰⁴ Cfr MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2000, I-II, 1, 13; PATTI, *Trust, quota di riserva e causa concreta*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, VII, 526; DEJACO, *Trust e tutela dei legittimari nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Informatore*, 2010, I, 29.

¹⁰⁵ Particolarmente interessante è il caso deciso dal Tribunale di Lucca con sentenza del 23 settembre 1997, che solleva un problema di validità ed efficacia di una disposizione con cui il testatore, residente negli Stati Uniti, in testamento redatto secondo la *lex loci* statunitense, dichiara di "lasciare in eredità" al fiduciario ogni suo bene, ma a beneficio della figlia.

Il Tribunale non sanziona la disposizione di nullità, ma riconosce il diritto della figlia attrice ad ottenere la reintegrazione della sua quota di riserva, in ragione del fatto che le norme sulla successione necessaria sono di ordine pubblico e non possono essere deogate mediante semplice riferimento ad un ordinamento straniero che non conosce l'istituto della successione necessaria.

¹⁰⁶ ROSARIO, *Trust testamentario e liberalità non donative: spiragli sistematici per una vicenda delicata*, in *Rivista del Notariato*, VI, 2009, 1449.

quale il legittimario debba esperire l'azione di riduzione¹⁰⁷: in altre parole la legittimazione passiva cadrà sul *trustee* o sul *beneficiary*?

Infatti i legittimari potrebbero vedersi opporre in giudizio la mancanza di legittimazione passiva del *trustee* che non ha ricevuto nulla che sia destinato a collocarsi stabilmente nel suo patrimonio e comunque non l'ha ricevuto a titolo di liberalità, ma potrebbe vedersi opporre anche la mancanza di legittimazione passiva del *beneficiary*, che potrebbe eccepire di non avere ricevuto quei beni, che potrebbe nel frattempo perire o ridursi sensibilmente nel valore¹⁰⁸.

4. La tutela dei diritti dei legittimari

Prima di attivare i rimedi che l'ordinamento appresta per la lesione della legittima, occorre accertare che la lesione sussista. A tal fine si fa il punto di quali beni il defunto ha lasciato e si sommano i loro valori al momento della morte del *de cuius*¹⁰⁹.

In seguito si procede alla sottrazione dei debiti, tanto di quelli sorti in occasione della morte, quanto di quelli che il defunto aveva nei confronti del legittimario. Si noti come la detrazione dei debiti si faccia solo dal *relictum* ai sensi dell'art. 556 C.C.¹¹⁰.

¹⁰⁷ Per una trattazione dettagliata dell'azione di riduzione, con la quale viene reintegrata la quota di legittima si legga in seguito.

¹⁰⁸ ROSARIO, *Trust testamentario e liberalità non donative: spiragli sistematici per una vicenda delicata*, in *Rivista del Notariato*, VI, 2009, 1449 ss.

¹⁰⁹ In realtà il codice indica il momento dell'apertura della successione come momento nel quale valutare il valore dei beni donati, ma sembra che tale regola possa essere estesa anche ai beni relitti. Così CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, tomo 1, Milano, 2002, p. 301.

¹¹⁰ Le obbligazioni naturali non si detraggono, mentre i debiti sottoposti a condizione si detraggono risolutivamente condizionati e non si detraggono se condizionati sospensivamente.

Ciò significa che se non vi è *relictum* e vi sono debiti, la quota di legittima sarà comunque salva perché potrà essere calcolata avuto riguardo ai beni donati¹¹¹.

Infine, sommati i beni relitti e detratti i debiti, si procede alla riunione fittizia¹¹² delle donazioni, disciplinata dall'art. 556 C.C.

Il rinvio dell'art. 556 C.C. agli articoli 747-750 in tema di collazione sta ad indicare che il valore dei beni deve essere determinato con riferimento al tempo dell'apertura della successione

Secondo Mengoni¹¹³, il riferimento alle norme sulla collazione riguarderebbe anche la determinazione dell'oggetto della riunione fittizia.

Coerentemente con il disposto dell'art. 741 C.C. sarebbe oggetto di riunione fittizia ciò che il defunto ha speso a favore dei suoi discendenti per assegnazioni fatte a causa di matrimonio, per avviarli all'esercizio di una attività produttiva o professionale, per soddisfare premi relativi a contratti di assicurazione sulla vita, per pagare i loro debiti.

Ai sensi dell'art. 742 C.C. non sono invece soggette a riunione fittizia le spese di mantenimento e di educazione e quelle sostenute per malattia, né quelle ordinarie fatte per abbigliamento o nozze.

Nemmeno le liberalità fatte in conformità agli usi o in occasione di servizi resi sembrano soggette a riunione¹¹⁴.

Ai sensi dell'art. 744 C.C. non è neppure compresa nella riunione la cosa perita per causa non imputabile al donatario.

Invece, tutte le donazioni sono indistintamente oggetto di riunione fittizia, a nulla rilevando il fatto che le stesse siano state dispensate da collazione o da im-

¹¹¹ Questo orientamento è sostenuto, proprio a partire dal dettato dell'art. 556 C.C. da CAPOZZI in *Successioni e Donazioni*, cit., p. 303 ed è inoltre avallato dalla giurisprudenza. Si legga a tale riguardo la sentenza Cass. 1 novembre 1993 n. 11873.

¹¹² L'operazione si dice fittizia perché ha un valore meramente contabile.

¹¹³ MENGONI, *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, cit., p. 195.

¹¹⁴ Così a partire dall'art. 809 secondo comma C.C., CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 303.

putazione; infatti, questi ultimi due istituti opereranno in seguito rispettivamente in sede di divisione ereditaria o di esperimento dell'azione di riduzione, ma non avranno incidenza nell'operazione in oggetto, che ha valore meramente contabile.

Quanto alla simulazione, occorrerà distinguere il caso della simulazione assoluta da quello della simulazione relativa.

Nel primo caso, il bene deve intendersi ancora presente nel patrimonio del *de cuius* e pertanto dovrà calcolarsi nell'ambito del *relictum* e non delle donazioni da riunire. Invece, nel secondo caso la riunione fittizia avrà luogo perché è stata effettuata una vera donazione, sebbene simulata sotto le vesti di un negozio oneroso¹¹⁵.

Ciò precisato, se all'esito dell'operazione della riunione fittizia come sopra condotta risulta una effettiva lesione della quota di legittima spettante al legittimario, questi potrà valutare in concreto la possibilità di esperire l'azione di riduzione, ovvero il rimedio che l'ordinamento appresta per la lesione che egli ha subito.

5. L'azione di riduzione

Si deve premettere che l'esigenza di tutelare la posizione di un legittimario può sorgere da un testamento lesivo oppure dall'ipotesi in cui il testatore non abbia affatto lasciato testamento ed operi la successione legittima, ma il *relictum* non sia sufficiente a coprire la quota di legittima¹¹⁶.

¹¹⁵ In questo senso su tutti ancora CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 304.

¹¹⁶ Il *relictum* potrebbe essere insufficiente a soddisfare i diritti dei legittimari perché con loro potrebbero concorrere nella successione altri soggetti e la base di calcolo per le quote di riserva è costituita dal *relictum* più il *donatum*, mentre le quote spettanti *ab intestato* si calcolano esclusivamente sul *donatum*.

In questi casi, le attribuzioni patrimoniali *mortis causa e inter vivos* fatte ad altri eredi legittimi non legittimari vengono compresse proporzionalmente al fine di reintegrare i legittimari nella quota di riserva loro spettante per legge.

Come si è detto, il principale strumento a mezzo del quale i legittimari possono tutelare i loro diritti nel caso in cui siano stati pretermessi oppure apporzionati dal testatore in misura inferiore alla legittima è costituito dall'azione di riduzione.

All'esperimento dell'azione di riduzione consegue una pronuncia del giudice di accertamento della lesività degli atti posti in essere dal *de cuius* e di declaratoria di inefficacia nei limiti di quanto è necessario a reintegrare la quota di riserva.

L'azione di riduzione non è un'azione di nullità nella misura in cui, anzi, la validità della disposizione che causa la lesione è un presupposto dell'azione. Se la disposizione non fosse valida, non avrebbe concreta portata lesiva¹¹⁷. Quindi sembra opportuno che il legittimario valuti *ex ante* se la disposizione lesiva abbia tutti i crismi di validità al fine di esperire il rimedio più opportuno.

Come acutamente osservato dal Mengoni¹¹⁸, l'azione di riduzione comprende in realtà tre azioni autonome connesse tra loro: l'azione di riduzione in senso stretto che mira ad accertare l'entità della lesione ed a dichiarare inefficaci le disposizioni testamentarie o le donazioni lesive, l'azione di restituzione contro i beneficiari delle disposizioni ridotte e l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti. Le ultime due azioni citate, diversamente rispetto alla prima, costituiscono azioni di condanna, presuppongono una pronuncia di inefficacia conseguente all'esperimento vittorioso dell'azione di riduzione ed hanno lo scopo di recuperare in concreto i beni oggetto delle disposizioni lesive rese inefficaci¹¹⁹.

¹¹⁷ SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm.al Cod. civ.* diretto da AMELIO e FINZI, cit., p. 330.

¹¹⁸ MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 232.

¹¹⁹ Si veda al riguardo Cass. 22 marzo 2001, n. 4130.

Sotto il profilo processuale della legittimazione ad agire, ai sensi dell'art. 557 c.c. i legittimati attivi ad esperire l'azione di riduzione sono i legittimari parzialmente lesi o pretermessi, gli eredi del legittimario se il legittimaio muore prima di aver accettato l'eredità o vi rinuncia, gli aventi causa del legittimario, i creditori del legittimario se questi ha accettato senza beneficio di inventario .

Legittimati passivi dell'azione sono i beneficiari delle disposizioni lesive (eredi, legatari, donatari, loro eredi) e non i possessori dei beni, i quali sono invece legittimati passivi della sola azione di restituzione.

Proprio perché l'azione di riduzione si rivolge contro il destinatario della disposizione lesiva e non contro il titolare del bene al momento dell'esperimento dell'azione, essa ha natura giuridica di azione personale¹²⁰ e non reale.

Inoltre è un'azione di accertamento costitutivo, perché è volta ad accertare la qualità del legittimario, l'ammontare della quota di riserva, la misura dell'effettiva lesione ed a modificare il contenuto del diritto del legittimario¹²¹.

Ancora è una pronuncia di inefficacia relativa¹²², perché rende inefficace l'atto di disposizione solo nei confronti del legittimario vittorioso, ma con efficacia retroattiva reale, perché fa retroagire i suoi effetti sia tra le parti, sia verso terzi al momento dell'apertura della successione¹²³.

I presupposti dell'azione di riduzione sono i seguenti: innanzitutto presenza di disposizioni donative o testamentarie che si presentano valide¹²⁴ ma lesive del diritto di riserva, inoltre ai sensi dell'art. 564 c.c. accettazione dell'eredità con beneficio di inventario da parte del legittimario¹²⁵, imputazione preliminare da

¹²⁰ BERBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato italiano*, Torino, 1965, p. 1033.

¹²¹ Per una ricostruzione sintetica delle caratteristiche dell'azione si legga CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 304 ss.

¹²² Si legga PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, pp. 78 ss.

¹²³ Una deroga rispetto a tale disciplina è rappresentata dal nuovo disposto degli articoli 561 e 563 c.c. così come modificati dalla legge 14 maggio 2005, n. 80.

¹²⁴ Se le disposizioni in oggetto non fossero valide non verranno impugnate con l'azione di riduzione, ma si ricorrerà ad altre azioni che l'ordinamento appresta per il caso di specie e precisamente all'azione di nullità e di annullamento.

¹²⁵ L'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, ai sensi dell'art. 564 c.c., è richiesta solo nel caso in cui i donatari o i legatari verso i quali viene esperita l'azione di riduzione non siano coeredi del legittimario; la *ratio* di una tale differenziazione sembra risiedere nel

parte del legittimario di tutte le liberalità che il *de cuius* abbia ricevuto a titolo di donazione o di legato, proposizione dell'azione nel termine di prescrizione del diritto¹²⁶, che nel silenzio del codice deve ritenersi coincidente con quello ordinario di dieci anni.

Passando ad analizzare i presupposti nel dettaglio, come si è detto la validità della disposizione è necessaria nella misura in cui determina la concretezza della lesione della legittima; per quanto invece riguarda l'accettazione beneficiata, la *ratio* sembra quella di tutelare i legatari ed i donatari estranei, che dovranno essere messi in condizione di accertare la reale consistenza dell'asse ereditario¹²⁷.

Si noti come l'onere di accettare in modalità beneficiata è posto solo per il legittimario che sia chiamato a succedere nella posizione di erede ma sia lesa. Il preterito, ossia il legittimario che non è stato chiamato affatto a succedere non ha questo onere perché appunto non è nemmeno in condizione di accettare l'eredità¹²⁸, ma la chiamata a suo favore 'scatta' solo a seguito dell'esperimento dell'azione di riduzione.

La Cassazione sul punto ha avuto modo di precisare come l'accettazione beneficiata non sia un requisito costitutivo, ma precisamente una condizione di ammissibilità¹²⁹.

Per quel che riguarda invece l'imputazione, l'art. 564 secondo comma C.C. testualmente recita: "In ogni caso il legittimario, che domanda la riduzione di donazioni o di disposizioni testamentarie, deve imputare alla sua porzione legittimaria"

fatto che i soggetti terzi non coeredi non avrebbero la stessa possibilità di valutare se vi sia stata effettivamente lesione della quota di riserva a danno di chi agisce; porre a carico di quest'ultimo l'obbligo di effettuare l'inventario rende indubbiamente più agevole tale valutazione. La *ratio* generale del beneficio di inventario è costituita invece dalla premura del legislatore di evitare che il patrimonio del legittimario si confonda con quello del *de cuius*.

¹²⁶ Un presupposto specifico è poi richiesto per il caso in cui il legittimario sia beneficiario di una disposizione testamentaria di legato in sostituzione di legittima ed è costituito dalla rinuncia al legato.

¹²⁷ Tale tesi è sostenuta da SANTORO – PASSARELLI in *Dei legittimari*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da D'AMELIO e FINZI, cit., p. 326 e da MENGONI sempre in *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit. p. 243.

¹²⁸ FERRI, *Dei legittimari*, Art. 536-564., in *Comm. Cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p.252.

¹²⁹ Cass. 5 ottobre 1974 n. 2621 e più recentemente Cass. 9 dicembre 1995 n. 12632.

tima le donazioni e i legati a lui fatti, salvo che ne sia stato espressamente dispensato”¹³⁰.

Secondo autorevole orientamento dottrinale¹³¹ il disposto della norma deve essere interpretato estensivamente, nella misura in cui il legittimario è chiamato ad imputare non solo i legati e le donazioni, ma tutto quanto abbia ricevuto a titolo *mortis causa* dal *de cuius*, compresa l’eventuale attribuzione di una quota di eredità.

Il terzo comma dell’art. 564 C.C. si riferisce poi al caso del legittimario che succeda per rappresentazione e prevede che questi debba imputare le donazioni ed i legati fatti al suo ascendente senza dispensa.

Potrebbe stupire il fatto che un soggetto subisca una limitazione nei propri diritti per un’attribuzione patrimoniale che è andata ad altri, ma è stato anche osservato come la disciplina debba tenere in considerazione le aspettative di terzi che devono avere uguale tutela a prescindere dal fatto che al *de cuius* succeda il donatario oppure i suoi ascendenti legittimi¹³².

Si noti come il *de cuius* possa anche dispensare il legittimario dall’imputazione. Ciò può avvenire con una clausola inserita nell’atto di donazione oppure con una disposizione testamentaria.

¹³⁰ E’ opportuno precisare che l’imputazione di cui si sta trattando non è affatto sovrapponibile alla imputazione che opera nell’ambito della collazione. In sede preliminare rispetto alla divisione ereditaria, ogni coerede ha l’obbligo nei confronti degli altri di conferire quanto ha già ricevuto dal *de cuius*, al fine di scongiurare una disparità di trattamento rispetto agli altri. Questa operazione si chiama collazione per imputazione ed è disciplinata dall’art. 737 C.C., ma il suo carattere di obbligatorietà e la sua *ratio* di parità di trattamento la distinguono nettamente dalla imputazione intesa come onere che grava su chi voglia esperire l’azione di riduzione.

Semmai tra i due istituti vi è una sovrapposizione quanto all’oggetto cui entrambe si riferiscono. Infatti, l’art. 564 C.C. rinvia alle norme in tema di collazione per identificare le donazioni da imputarsi. Si è già detto che le stesse norme sulla collazione sono richiamate anche per identificare gli atti soggetti a riunione fittizia; pertanto, è possibile affermare che imputazione, riunione fittizia e collazione siano sostanzialmente sovrapponibili quando all’oggetto a cui ciascun istituto si riferisce.

Una differenza riguarda però le donazioni modali: infatti, quando il *modus* è imposto a favore del terzo, il legittimario per la riunione fittizia non deve detrarre l’onere, ma quest’ultimo deve invece essere considerato per l’imputazione *ex se*. Al riguardo è ancora utile leggere MENGONI L., *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, cit., p. 255.

¹³¹ CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 312 ss.

¹³² MENGONI L., *Successioni per causa di morte*. Parte speciale. *Successione necessaria*, cit., p. 255.

In dottrina si è a lungo discusso della natura giuridica della dispensa, se si tratti di un negozio autonomo rispetto all'attribuzione patrimoniale oppure accessorio.

Per quanto riguarda il termine entro il quale l'azione deve essere esperita, invece, il dibattito era più acceso, ma di recente è intervenuta la Suprema Corte¹³³ a dirimere ogni possibile contrasto tracciando una differenziazione basata sulla tipologia di disposizione lesiva: nel caso in cui la lesione derivi da una donazione il termine decorre dalla data di apertura della successione, perché a partire da quel momento è possibile stabilire se, in base all'entità del *relictum*, l'atto di liberalità deve ritenersi lesivo dei diritti dei legittimari; invece, in caso di lesione che derivi da una disposizione testamentaria, il termine decorre dalla data di accettazione dell'eredità da parte del legittimario¹³⁴.

L'azione di riduzione investe le attribuzioni patrimoniali realizzate dal de cuius in un modo molto preciso: prima devono essere ridotte le disposizioni testamentarie eccedenti la quota disponibile in modo proporzionale¹³⁵, senza distinzione tra eredi e legatari; solo nel caso in cui la riduzione delle disposizioni testamentarie risulti insufficiente a reintegrare le quote di riserva, si procede a ridurre le donazioni che eccedono la quota disponibile partendo dall'ultima in ordine di tempo¹³⁶.

¹³³ Cass. Sez. Unite, 25 ottobre 2004, n. 20644.

¹³⁴ La decorrenza del termine a partire dall'accettazione si spiega in ragione del fatto che solo con essa sorgerebbe l'interesse ad agire in riduzione, mentre se il destinatario della disposizione testamentaria rinunciasse al lascito, il legittimario non avrebbe interesse ad agire in riduzione.

¹³⁵ Questa regola conosce un'importante eccezione: infatti, se è vero che il testatore non può impedire la riduzione delle disposizioni testamentarie lesive, è pure vero che egli può fare in modo che il criterio proporzionale non operi, ma che al contrario una certa disposizione sia per così dire preferita rispetto alle altre e venga ridotta solo nell'ipotesi in cui la riduzione delle altre non sia sufficiente a soddisfare i diritti del legittimario.

¹³⁶ E' evidente come in questo caso non si osservi il criterio proporzionale, ma l'ultima donazione possa essere ridotta anche in modo pieno.

6. *L'azione di restituzione*

Dal momento che gli atti di disposizione lesivi vengono dichiarati inefficaci, sorge in capo al beneficiario l'obbligo di restituzione dei beni.

Tale azione è personale ed è unicamente diretta nei confronti dei beneficiari delle disposizioni lesive, donatari o legatari.

Se si tratta di beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, essi devono essere restituiti al legittimario liberi da pesi o ipoteche che siano stati apposti dal donatario o legatario.

Un'eccezione rispetto a questa regola è rappresentata dall'art. 2652 c.c. n. 8 che prevede che i diritti dei terzi acquistati a titolo oneroso rimangano salvi se questi hanno trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione della domanda del legittimario, sempre che il legittimario abbia trascritto la sua domanda di riduzione solo dopo dieci anni dall'apertura della successione; ciò significa che se il legittimario provvede a trascrivere la sua domanda entro i dieci anni, comunque il diritto del terzo viene sacrificato, a nulla rilevando il fatto che egli abbia trascritto il suo acquisto prima del legittimario.

Se l'atto lesivo è una donazione e dalla trascrizione della stessa sono passati più di vent'anni, i pesi e le ipoteche gravanti sul bene ed i diritti di terzi restano efficaci, ma sorge l'obbligo del donatario di compensare in denaro i legittimari per il minore valore dei beni, a condizione che la domanda sia proposta entro dieci anni dall'apertura della successione.

La legge di riforma n. 80/2005 ha determinato la riformulazione dell'art. 561 c.c. ed ha introdotto il termine di venti anni dalla trascrizione della donazione, decorso il quale il legittimario perde il diritto di ottenere la restituzione del bene libero da pesi ed ipoteche.

La ragione ispiratrice della modifica legislativa si spiega facilmente: gli acquisti di beni a provenienza donativa sono estremamente instabili perché anche a distanza di anni dalla donazione i legittimari possono far valere i loro diritti; ne

consegue che un bene a provenienza donativa circola faticosamente sul mercato, con relativo danno per il mercato immobiliare.

Si ponga poi il caso di un donatario che sia stato citato in giudizio con un'azione di riduzione, ma abbia già alienato a terzi il bene immobile ricevuto per donazione.

Il legittimario non otterrà nulla chiedendo la restituzione del bene al donatario, ma la legge gli consente, previa escussione dei beni del donatario, di esercitare un'autonoma azione a carattere reale nei confronti dei successivi acquirenti e nello stesso ordine previsto per la riduzione delle donazioni, ovvero a partire dall'ultima donazione effettuata.

Anche questa azione potrà essere esperita solo se non sono trascorsi vent'anni dalla trascrizione della donazione; l'esito dell'azione non è sempre la restituzione del bene, ma il terzo innanzitutto potrà difendersi eccependo la mancata preventiva escussione del patrimonio del donatario e, in secondo luogo, potrà liberarsi dall'obbligo restitutorio pagando l'equivalente in denaro.

Per evitare che il decorso del termine ventennale pregiudichi troppo i legittimari, essi possono manifestare la volontà di opporsi alla donazione con un atto stragiudiziale che sortisce l'effetto di sospendere il decorso del ventennio e consente così al legittimario di esperire l'azione di restituzione anche oltre il ventennio.

E' altresì facoltà del legittimario rinunciare preventivamente all'esercizio del diritto di opposizione, fornendo così al donatario ed ai suoi aventi causa una rassicurazione sulla stabilità del loro acquisto¹³⁷.

L'opposizione alla donazione ha efficacia per vent'anni successivi alla sua trascrizione; pertanto, per conservare il suo effetto sospensivo, dovrà essere rin-

¹³⁷ Si deve osservare che la rinuncia all'opposizione non costituisce violazione del divieto di patti successori, essendo ben diversa nel contenuto e nella funzione giuridica rispetto all'azione di riduzione. Come si dirà in seguito, tale istituto (insieme al patto di famiglia) è indice di una tendenza alla "valorizzazione dell'accordo" nell'ambito dei diritti successori, che rappresenta uno spiraglio verso la flessibilizzazione della fissità delle quote di riserva. FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, XII, pt.2, 764 -765.

novata alla scadenza di tale termine se l'azione di restituzione non è ancora stata proposta¹³⁸.

L'esperimento delle azioni di riduzione e restituzione risulta superfluo nel caso in cui il legittimario leso riesca a trovare un accordo stragiudiziale con i donatari e con i beneficiari delle disposizioni testamentarie per lui lesive.

Naturalmente, in ossequio al divieto di patti successori, tali accordi, generalmente leciti in quanto aventi ad oggetto diritti patrimoniali disponibili, sono ammissibili solo se stipulati in un momento successivo rispetto alla morte del *de cuius*.

Attraverso questi accordi, il legittimario leso riceve dai donatari e dai beneficiari delle disposizioni testamentarie una somma determinata in denaro o una certa quantità di beni ad integrazione della sua quota di legittima e, da parte sua, si dichiara tacitato, obbligandosi a non pretendere nulla dai successibili che partecipano all'accordo¹³⁹.

Tali accordi sottendono un interesse meritevole di tutela e precisamente consistente nel prevenire il futuro contenzioso tra legittimari, donatari e beneficiari di disposizioni testamentarie.

Pertanto costituiscono contratti atipici ammissibili ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Ad ogni buon conto, il nostro ordinamento prevede alcuni schemi negoziali tipici che possono assolvere allo scopo connaturato agli accordi di reintegrazione: tali tipi sono costituiti dal negozio di accertamento e dal contratto di transazione¹⁴⁰.

¹³⁸ Per esempio si renderà necessario il rinnovo dell'opposizione quando la donazione sia stata fatta da un donante particolarmente giovane ed i suoi legittimari non abbiano avuto la possibilità di esperire le azioni di riduzione e restituzione entro il ventennio, perché il donante è ancora in vita.

¹³⁹ Sul tema degli accordi di reintegrazione della legittima CAVICCHI, *Accordi per la reintegrazione della legittima*, in *I contratti*, 2009, 1020; SALVATORE, *Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione*, in *Rivista del Notariato*, 1996, I-II, 1, 211.

¹⁴⁰ SALVATORE, *Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione*, in *Rivista del Notariato*, 1996, I-II, 1, 211.

Con la transazione, le parti si fanno reciproche concessioni allo scopo di dirimere la futura insorgenza di una lite o di un giudizio.

Si ricorrerà invece al negozio di accertamento quando le parti non si faranno concessioni reciproche, ma semplicemente si daranno atto della sussistenza o del contenuto dei rispettivi diritti; attraverso questo schema negoziale non solo i donatari o legatari potranno darsi atto del *quantum* necessario per reintegrare la quota di riserva del legittimario, ma il legittimario stesso potrà dichiarare di essere stato soddisfatto nella sua quota di riserva, rassicurando così le controparti sul fatto che egli non esperirà in futuro un'azione di riduzione¹⁴¹.

E' interessante sottolineare come questa tendenza alla "valorizzazione dell'accordo"¹⁴² nel regolare le vicende successorie in senso lato sia stata alla base anche dell'introduzione del patto di famiglia e della possibilità di rinunciare all'opposizione alla donazione, di cui si è detto nel paragrafo relativo all'azione di restituzione.

7. *L'indegnità e la diseredazione*

L'istituto dell'indegnità, disciplinato dagli articoli 463-466 c.c. assolve alla funzione di escludere dalla successione determinati successibili che abbiano posto in essere comportamenti che il legislatore qualifica come fortemente riprove-

¹⁴¹ Una tale dichiarazione sembra particolarmente utile nel suo valore litispreventivo se si considera il caso in cui il legittimario sia stato soddisfatto nella sua quota di riserva a mezzo di una serie numerosa di donazioni di modico valore che non hanno lasciato tracce formali oppure attraverso una liberalità indiretta che difficilmente le controparti potrebbero dimostrare essere stata effettuata, per mancanza di una veste formale che lasci traccia. Per una trattazione approfondita si leggano SALVATORE, *Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione*, in *Rivista del Notariato*, 1996, I-II, 1, 211 e CAVICCHI, *Accordi per la reintegrazione della legittima*, in *I contratti*, 2009, 1020.

¹⁴² FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, XII, pt.2, 764 -765.

voli e che consistono in attentati alla libertà di testare oppure alla personalità fisica o morale del *de cuius* o di un suo prossimo congiunto.

I casi di indegnità sono specificamente indicati all'art. 463 C.C. e costituiscono ipotesi tassative non suscettibili di applicazione in via analogica: è indegno chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta o un prossimo congiunto purchè non vi sia una causa di esclusione della punibilità, chi ha commesso in danno di tali persone un delitto punibile con le norme dell'omicidio, chi ha denunciato calunniosamente il falso o ha testimoniato il falso nei loro confronti, chi è decaduto dalla potestà genitoriale nei confronti della persona defunta e non vi è stato reintegrato, chi ha indotto con dolo o violenza il *de cuius* a redigere, revocare o modificare il testamento, chi ha distrutto, celato o alterato il testamento, chi ha formato un testamento falso o ne ha consapevolmente approfittato.

Secondo un primo orientamento dottrinale¹⁴³ e giurisprudenziale¹⁴⁴, l'indegnità opererebbe come causa di esclusione dalla successione solo una volta che sia stata dichiarata dal giudice con sentenza costitutiva.

Coerentemente con tale ricostruzione, il soggetto sospetto di indegnità conserva tutti i suoi diritti di successibile sino al momento dell'accertamento della sussistenza della causa di indegnità.

Secondo Capozzi¹⁴⁵ il supposto indegno si trova in una posizione sovrapponibile a quello dell'erede istituito sotto condizione risolutiva, per cui egli può accettare l'eredità o il legato per i quali è stato chiamato a succedere e conserva i poteri conservativi previsti dall'art. 460 C.C.

¹⁴³ COVIELLO, *Delle successioni*, Parte generale, Napoli, 1935, p. 178 ss, SALIS, *Indegnità a succedere* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 928.

¹⁴⁴ Confronta per tutte Cass 23 novembre 1962 n. 3171.

¹⁴⁵ CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 126.

Secondo un altro orientamento¹⁴⁶, invece, si tratterebbe di una causa di incapacità a succedere che impedirebbe il sorgere della delazione e la sentenza avrebbe una mera efficacia dichiarativa.

E' discusso se l'indegnità operi soltanto a favore di chi la domanda oppure a favore di tutti i chiamati alla successione; coerentemente, i sostenitori della seconda teoria ritengono che nel procedimento che conduce alla sentenza dichiarativa dell'indegnità operi il litisconsorzio necessario tra tutti i chiamati alla successione.

La Cassazione, accogliendo tale orientamento¹⁴⁷, ha rilevato come l'accertamento della qualità di erede abbia un carattere di unitarietà e non possa di conseguenza sussistere solo nei confronti di alcuni degli eredi.

In dottrina¹⁴⁸ però è stata anche autorevolmente sostenuta la tesi contraria, a partire dal carattere personale dell'azione: se un chiamato non domanda espressamente l'attribuzione della quota non è certo possibile attribuirgliela contro la sua volontà.

La differenza pratica tra i due orientamenti è sostanziale. Se infatti sono chiamati a succedere in primo luogo l'indegno ed in subordine altri due soggetti, se uno solo di questi due soggetti agisce in giudizio per far dichiarare l'indegnità del primo chiamato secondo un orientamento l'indegno conserverà la quota di eredità dell'altro chiamato in subordine che non ha agito in giudizio, secondo l'altro orientamento, invece, l'indegno perderà solo la quota spettante a colui il quale ha agito in giudizio nei suoi confronti.

Un altro punto che è stato oggetto di accesa discussione è se chiunque possa agire per far dichiarare l'indegnità di un altro a succedere oppure se questa facoltà appartenga solo ai chiamati in subordine.

¹⁴⁷ Cass. 12 luglio 1986, n. 4533.

¹⁴⁸ SALIS, *Indegnità a succedere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 928.

E' evidente come questi ultimi abbiano un interesse di natura economica-patrimoniale ad ottenere la pronuncia ma anche un parente lontano del *de cuius* che non è chiamato a succedergli potrebbe avere un interesse etico morale a far valere la causa di indegnità di qualche successibile¹⁴⁹.

E' stato osservato che una pronuncia di 'indegnità pura', fondata su motivazioni etiche, che non comporti conseguente attribuzione dell'eredità ad un altro soggetto, non gioverebbe alla certezza dei traffici giuridici, ma renderebbe solo l'eredità vacante¹⁵⁰.

Anche alla luce di questo rilievo è stato in dottrina spesso ritenuto¹⁵¹ preferibile limitare la legittimazione attiva ad esperire l'azione ai chiamati in subordine.

Potrebbe anche porsi il caso che il supposto indegno, una volta apertasi la successione, esiti ad accettare l'eredità cui è chiamato. In questo modo paralizzava qualsiasi iniziativa dei chiamati ulteriori, che non potranno far dichiarare l'indegnità perché il supposto indegno non ha ancora accettato.

Del resto, però, dal momento che resta ferma la chiamata nei confronti dell'indegno, non si avrà il passaggio della delazione a favore dei chiamati ulteriori¹⁵².

A ciò pone però rimedio l'art. 481 C.C., che consente anche in questo caso ai chiamati ulteriori di fissare un termine entro il quale il primo chiamato, nonché supposto indegno dovrà dichiarare se accetta o meno l'eredità devolutagli¹⁵³.

Per quanto riguarda la prescrizione dell'azione, occorre fare una distinzione tra le due teorie dell'indegnità come causa di esclusione dalla successione e come incapacità a succedere.

¹⁴⁹ Si legga a tale riguardo SALVESTRONI, *Il problema dell'indegnità di succedere*, Padova, 1970, p. 200.

¹⁵⁰ SALIS, *Indegnità a succedere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 940.

¹⁵¹ MOSCATI, *L'indegnità*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, Torino, 5, 1997, p. 98, CAPOZZI, *Successioni e Donazioni*, cit., p. 127.

¹⁵² Si legga SALIS, *Indegnità a succedere*, cit., 940.

¹⁵³ CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 127.

Secondo la prima teoria il termine decennale di prescrizione dell'azione decorrerebbe dal giorno dell'apertura della successione o di commissione del fatto, che potrebbe anche risalire ad un momento successivo all'apertura della successione¹⁵⁴.

Secondo la teoria che ritiene l'indegnità una causa di incapacità a succedere, invece, l'azione sarebbe imprescrittibile.

A prescindere dalla qualificazione giuridica che dell'azione si dia, analoghi sono gli effetti dell'indegnità: opereranno gli istituti della sostituzione, della rappresentazione e dell'accrescimento, in mancanza l'eredità sarà devoluta agli eredi legittimi del *de cuius*.

Il problema teorico sopra esposto riferito alla qualificazione dell'azione investe invece l'applicazione di un altro istituto: la trasmissione.

Se l'indegno muore dopo l'apertura della successione ma prima di aver accettato, ci si chiede se il diritto di accettare l'eredità si trasmetta ai suoi eredi¹⁵⁵ contro i quali potrà, così, essere proposta o perseguita l'azione di indegnità oppure no.

Secondo i sostenitori della teoria dell'indegnità come esclusione dalla successione, la delazione si trasmetterebbe, mentre i sostenitori della teoria della incapacità a succedere ritengono che non operi alcuna trasmissione nella misura in cui non sorgerebbe in senso assoluto nessuna delazione nei confronti dell'indegno¹⁵⁶.

L'ordinamento riconosce, però, al testatore la possibilità di "perdonare" l'indegno attraverso l'istituto della riabilitazione.

¹⁵⁴ L'orientamento che afferma la prescrittibilità dell'azione dichiarativa dell'indegnità viene sostenuto sia in dottrina, sia dalla giurisprudenza; su tutte le sentenze si legga Cass. 17 luglio 1974, n. 2145 e tra gli autori si legga RUPERTO, voce *Indegnità a succedere*, in Enc. giur. Treccani, vol. XVI, Roma, 1989, p. 3.

¹⁵⁵ Come previsto dall'art. 479 C.C.

¹⁵⁶ CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 128.

Essa è disciplinata dall'art. 466 C.C., secondo il quale chi è incorso nell'indegnità è ammesso a succedere quando la persona, della cui successione si tratta, lo ha espressamente abilitato con atto pubblico o con testamento.

La riabilitazione è un atto irrevocabile¹⁵⁷ nella misura in cui è una dichiarazione di volontà che si fonda sul perdono ed è pertanto irretrattabile. L'irretrattabilità giustifica il requisito formale rigoroso del testamento e dell'atto pubblico.

Una deroga rispetto a tale rigidità formale viene però introdotta dall'articolo 466 secondo comma C.C., che prevede che "l'indegno, non espressamente abilitato, se è stato contemplato nel testamento quando il testatore conosceva la causa dell'indegnità, è ammesso a succedere nei limiti della disposizione testamentaria".

Alcuni ravvisano nella norma una riabilitazione tacita, avente i medesimi caratteri dell'istituto formale tipico¹⁵⁸.

Secondo la dottrina prevalente¹⁵⁹, invece, la norma conferirebbe soltanto efficacia alla singola disposizione testamentaria, senza darle patente di validità assoluta; in altre parole, il testamento potrebbe essere revocato ed in questo modo potrebbe facilmente venire meno l'effetto della riabilitazione tacita.

Dunque, l'indegnità opera con riguardo a tutti i successibili e può privare dei diritti successori anche il soggetto legittimario¹⁶⁰. Questa sembra un'importante

¹⁵⁷ Si leggano COVIELLO, *Diritto successorio*, Bari, 1962, p. 202 e PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, art. 456-535, in *Comm. Cod. civ.* diretto da DE MARTINO, Novara, 1931.

¹⁵⁸ AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990.

¹⁵⁹ FERRI, *Successioni in generale: art. 456-511*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1980, p. 193 ss; CICU, *Successioni per causa di morte*, Parte generale, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1961.

¹⁶⁰ L'indegnità deve essere nettamente distinta dalla diseredazione proprio sotto questo profilo: la prima vale a privare il legittimario di tutti i suoi diritti a succedere, mentre la diseredazione ossia la volontà del testatore di non lasciare nulla ad un suo legittimario è sempre impugnabile da quest'ultimo e non lo priva affatto del diritto ad ottenere la quota per legge riservata.

Il nostro sistema dunque, non riconosce l'istituto della diseredazione per giusta causa. Ciò significa che i comportamenti del legittimario che siano contrari al sentimento di solidarietà familiare ma non abbastanza gravi da integrare un caso di indegnità non hanno alcun rilievo

deroga all'intangibilità dei diritti del legittimario, che, come si è detto, nel nostro sistema è principio cardine di ordine pubblico.

L'istituto della diseredazione, invece, solleva un interrogativo sulla possibilità di esprimere una volontà testamentaria che abbia un contenuto negativo e cioè sia volta non ad attribuire un diritto a qualcuno, ma semplicemente ad escludere dalla propria successione qualcun altro.

Amnesso che una tale disposizione sia valida, la sua efficacia sembra sicuramente soggetta ad importanti limiti: se la disposizione testamentaria di diseredazione si rivolgesse a parenti non legittimari che però verrebbero alla successione in base alle norme di legge, essa potrebbe esplicare la sua efficacia. Se però la disposizione si rivolgesse ad un legittimario, la sua efficacia sarebbe paralizzata dal principio di intangibilità della quota di riserva¹⁶¹: il legittimario, trovandosi in una situazione giuridica detta di "preterizione"¹⁶², potrebbe soddisfare i suoi diritti mediante l'azione di riduzione¹⁶³.

sotto il profilo del diritto successorio e consentono al legittimario di succedere come avrebbe fatto se si fosse comportato sempre in modo ineccepibile nei confronti del *de cuius*.

Una eccezione è rappresentata dal nuovo art. 448 bis, di cui si dirà in seguito.

¹⁶¹ Secondo alcuni, la disposizione di diseredazione del legittimario sarebbe irrilevante e di conseguenza sarebbe possibile eliminarla senza compromettere la validità del testamento (ad esempio CORSINI, *Appunti sulla diseredazione*, in *Riv. not.*, 1996, p. 1120); secondo altri la disposizione sarebbe invece nulla ex art. 1418 co.1 C.C. per violazione del principio di intangibilità delle quote riservate ai legittimari (ad es. GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, Padova, 2012, p.444) o per violazione del divieto di pesi e condizioni sulla quota di legittima (art. 549 C.C.) (cfr. MIRIELLO, *In margine alla clausola di diseredazione; la tematica della volontà meramente negativa*, in *Riv. not.*, 1981, p. 746).

¹⁶² E' importante precisare che diseredazione e pretermissione sono termini non sovrapponibili, anche se spesso tale sovrapposizione si riscontra nel linguaggio comune: la pretermissione consiste nell'omessa menzione di un legittimario da parte del *de cuius* nel testamento che contiene l'istituzione ereditaria positiva. Nel caso in cui si dovesse aprire in tutto o in parte, sul medesimo asse ereditario, anche una successione legittima, il preterito concorrerà alla successione. Una ulteriore ipotesi di preterizione si realizza quando il testatore ai sensi dell'art. 734 C.C. abbia provveduto ad una divisione del proprio patrimonio, non contemplando alcuni eredi già istituiti: in questo caso la divisione sarà nulla ai sensi dell'art. 735 C.C. E' altresì possibile che si realizzi una pretermissione del legittimario nella successione legittima, nel caso in cui il *de cuius* si sia spogliato del suo patrimonio con atti di disposizione in vita e nulla poi residui da attribuire al legittimario. La diseredazione, invece, elimina completamente la chiamata ereditaria e non solo nel caso in cui la successione sia disciplinata dal testamento che contiene la clausola diseredativa, ma anche nel caso in cui operi la successione legittima. STIVANELLO-GUSSONI, *Inversione di rotta: è ammissibile la clausola diseredativa autonoma*, in *Quaderni del progetto dottorale di alta formazione in scienze giuridiche e del centro studi giuridici del*

Quanto alla ammissibilità - validità della disposizione di diseredazione, si sono delineati diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento¹⁶⁴, la disposizione sarebbe ammessa, in quanto coerente con il principio di autonomia testamentaria e non basterebbe a renderla inammissibile il fatto che non rappresenti una stretta disposizione di beni da parte del testatore: nel Codice Civile sono contenute, infatti, diverse norme che ammettono nel testamento clausole che non consistono strettamente nella disposizione di sostanze, per fare un esempio l'art. 737 sulla dispensa da collazione.

Inoltre, l'art. 587 C.C. definisce il testamento come "atto con cui taluno dispone di tutte le sue sostanze o di parte di esse". Il verbo "disporre" non andrebbe inteso col significato di "attribuire" ma con quello di "regolare": anche una clausola di diseredazione meramente ablativa vale, in qualche misura, a "regola-

dipartimento di economia dell'Università Ca' Foscari Venezia, Venezia, 2013, parte III, Osservatorio, p. 438-439.

Si leggano anche FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, in *Riv. dir. civ.* 1941, 232 e UNGARI-TRANSATTI, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di diseredazione*, in *Riv. Not.*, 2003, 1061.

¹⁶³ CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 133. Per la verità non è del tutto pacifico che l'azione di riduzione sia il rimedio esperibile da parte del legittimario diseredato: chi propende per la nullità della disposizione di diseredazione del legittimario sostiene che il legittimario preterito agisce in riduzione, mentre quello diseredato potrebbe agire con l'azione di nullità, che è imprescrittibile; da tale imprescrittibilità discenderebbe una inevitabile incertezza nei rapporti giuridici (Cfr PASTORE, *Riflessioni sulla diseredazione*, in *Vita Notarile*, 2011, 1192). STIVANELLO-GUSSONI, *Inversione di rotta: è ammissibile la clausola diseredativa autonoma*, in *Quaderni del progetto dottorale di alta formazione in scienze giuridiche e del centro studi giuridici del dipartimento di economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*, Venezia, 2013, parte III, Osservatorio, p. 450. Secondo una ricostruzione più audace, invece, (ad es STIVANELLO-GUSSONI, *Inversione di rotta: è ammissibile la clausola diseredativa autonoma*, in *Quaderni del progetto dottorale di alta formazione in scienze giuridiche e del centro studi giuridici del dipartimento di economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*, Venezia, 2013, parte III, Osservatorio, p. 450) la diseredazione del legittimario sarebbe pienamente valida, così come è valido -e qualificabile come diseredazione anomala disciplinata- il legato in sostituzione di legittima (BERGAMO, *Brevi cenni sulla diseredazione anomala implicita*, in *Giur. it.*, 2000, 1801). Resterebbe comunque ferma la possibilità di agire in riduzione.

¹⁶⁴ Ad esempio BIN, *La diseredazione- Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, p. 269; RESCIGNO, *Recensione a Bin; La diseredazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1969, 95; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 49; BROSSO, BURDESE, *Le successioni*, Parte generale, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1977, , p. 83; BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, in *Corr. Giur.* 1994, 1503.

re” la successione e quindi non vi sarebbe motivo per non includerla nei possibili contenuti del testamento.

Secondo un opposto orientamento¹⁶⁵, invece, la disposizione di diseredazione non sarebbe ammessa. La norma andrebbe interpretata nel suo senso letterale e quindi, se il testatore volesse escludere dalla sua successione un chiamato per legge non potrebbe fare altro che attribuire con disposizioni testamentarie i suoi beni ad altri. Non basterebbe ad ottenere il medesimo risultato una disposizione contenente una volontà escludente nei confronti del soggetto che non si vuole beneficiare.

Un secondo argomento che avvalorava la tesi della non ammissibilità è il fatto che la norma sulle cause di indegnità (art. 463 C.C.) elencherebbe le cause di esclusione dalla successione con carattere tassativo, senza lasciare possibilità di integrazione alla volontà del testatore.

Tuttavia parte della dottrina ammette la clausola non come disposizione a contenuto negativo, ma in quanto possa configurarsi come istituzione implicita dei chiamati per legge, eccetto l'escluso¹⁶⁶.

Anche la Suprema Corte, sul punto ha adottato un orientamento oscillante: con la famosa sentenza Cass. n. 1458 del 1967 ha affermato che la volontà di diseredazione è ammissibile solo nella misura in cui in essa si ravvisi una disposizione principale attributiva, esplicitamente o implicitamente presupposta e nelle successive sentenze Cass. n. 6339 del 1982 e Cass. n. 5895 del 1994 ha ritenuto

¹⁶⁵ CAPOZZI *Successioni e Donazioni*, cit., p. 134, MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1999, 22; TORRENTE, voce *Diseredazione*, (dir. vigente), in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, XIII, 102; CRISCUOLI, *Testamento* (voce), in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 19; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, p. 156 ss.

¹⁶⁶ IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 196, 28; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1999, 22; TORRENTE, voce *Diseredazione*, (dir. vigente), in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, XIII, 102.

la disposizione ammissibile nel caso in cui comporti un'implicita istituzione di tutti gli altri successibili¹⁶⁷.

Di recente, però con la sentenza Cass. II sezione, 25 maggio 2012, n. 8352 si è realizzata una vera e propria inversione di rotta, perché la Suprema Corte ha ritenuto valida la clausola del testamento con la quale il testatore manifesti la propria volontà di escludere dalla successione alcuni dei successibili, senza che essa sia seguita da alcuna clausola a carattere dispositivo.

Secondo tale ricostruzione, la diseredazione costituirebbe un atto dispositivo, perché disegnerebbe un regolamento di rapporti patrimoniali, e potrebbe così benissimo essere incluso nel contenuto tipico del testamento.

In altre parole, la Suprema Corte, accogliendo il primo orientamento dottrinale sopra esposto, afferma che il verbo “disporre” usato dall'art. 587 C.C. include anche l'espressione di una volontà ablativa *tout court*, non seguita da una positiva attribuzione dei beni ad altri¹⁶⁸.

Per completezza, non si può ignorare che l'art. 448 bis, introdotto dalla legge n. 219/2012, dopo aver escluso l'obbligo per il figlio di versare gli alimenti nei confronti del genitore che sia decaduto dalla potestà, concede anche al figlio la possibilità di escludere dalla successione il genitore che abbia commesso fatti che pure non sono tanto gravi da integrare ipotesi di indegnità.

La norma si collega all'art. 463 n. 3 bis, introdotto nel 2005, che ha introdotto il nuovo caso di indegnità relativo a chi sia decaduto dalla potestà genitoriale nei confronti del *de cuius*¹⁶⁹.

¹⁶⁷ STIVANELLO-GUSSONI, *Inversione di rotta: è ammissibile la clausola diseredativa autonoma*, in *Quaderni del progetto dottorale di alta formazione in scienze giuridiche e del centro studi giuridici del dipartimento di economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*, Venezia, 2013, parte III, Osservatorio, p. 433.

¹⁶⁸ STIVANELLO-GUSSONI, *Inversione di rotta: è ammissibile la clausola diseredativa autonoma*, in *Quaderni del progetto dottorale di alta formazione in scienze giuridiche e del centro studi giuridici del dipartimento di economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*, Venezia, 2013, parte III, Osservatorio, p. 433.

¹⁶⁹ Per una riflessione più ampia si legga -SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, III, 241.

L'art. 448 bis, però, non precisa quali siano i comportamenti pregiudizievoli per il figlio che possono determinare tale diseredazione¹⁷⁰.

Si può supporre si tratti di comportamenti che costituiscono violazione dei doveri familiari, pur non avendo comportato decadenza dalla potestà genitoriale¹⁷¹.

Questa sembra una ipotesi di diseredazione che riguarda anche la quota spettante al genitore in virtù delle norme sulla successione necessaria¹⁷². Stupisce ed incuriosisce come questa ipotesi di diseredazione operi a danno dei genitori e non sia prevista invece a danno dei figli che assumano comportamenti per così dire “gravemente irrispettosi” nei confronti dei propri genitori.

¹⁷⁰ L'introduzione di questa ipotesi espressa di diseredazione è sembrata particolarmente significativa per avvalorare la tesi, riportata nelle precedenti note, di chi ritiene valida (seppur coi limiti della riduzione) e non irrilevante o nulla la clausola di diseredazione testamentaria. Così STIVANELLO-GUSSONI, *Inversione di rotta: è ammissibile la clausola diseredativa autonoma*, in *Quaderni del progetto dottorale di alta formazione in scienze giuridiche e del centro studi giuridici del dipartimento di economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*, Venezia, 2013, parte III, Osservatorio, p. 454.

¹⁷¹ È stato suggerito che ci si riferisca ai comportamenti genitoriali che possono determinare una responsabilità del genitore ai sensi dell'art. 2043 c.c.: SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, III, 241.

¹⁷² SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, III, 241.

CAPITOLO II

LE PROPOSTE DI ABOLIZIONE E DI RIFORMA DELL'ISTITUTO DELLA SUCCESSIONE NECESSARIA IN ITALIA

Sommario: *1 Il problema della legittimità costituzionale dell'abolizione della successione necessaria; 2 Il d.d.l. 1043/2006: una proposta di abolizione della successione necessaria; 3. Le proposte di riforma formulate dalla dottrina italiana e gli spunti provenienti dal diritto comparato*

1. Il problema della legittimità costituzionale dell'abolizione della successione necessaria

Prima di accostarci allo studio del sistema inglese, della sua legge, dei suoi orientamenti giurisprudenziali e dei suoi spunti di riforma sul tema della *family provision* e della *forced succession* in senso lato, sembra interessante chiedersi se mai vi siano stati in Italia dei progetti di riforma o delle voci dottrinali che spingessero per l'abolizione o per il sovvertimento dell'istituto della successione necessaria, così come attualmente esso opera nel nostro sistema.

E, prima ancora, occorre chiedersi se un'abolizione dell'istituto stesso in Italia sia costituzionalmente legittima oppure no.

Il quarto comma dell'art. 42 della Costituzione così recita: “*La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria ed i diritti dello Stato sulle eredità*”.

L'articolo della Costituzione in oggetto, dunque, menziona la successione legittima e testamentaria, ma non quella necessaria.

Di qui si è sostenuto che la nostra Costituzione sia indifferente rispetto alle sorti della successione necessaria¹⁷³.

Tale conclusione discende dal principio interpretativo “*ubi lex voluit dixit*”,¹⁷⁴.

Ci si è inoltre chiesti in dottrina se le norme che prevedono e disciplinano l’istituto della successione necessaria nel nostro sistema debbano essere qualificate come norme di ordine pubblico oppure no.

Una tale qualificazione non ha valore meramente dogmatico, ma al contrario è fondamentale per stabilire se l’istituto della successione necessaria possa eventualmente essere eliminato dal nostro sistema.

La giurisprudenza italiana, con la sentenza della Corte di Cassazione 24 giugno 1996, n. 5832¹⁷⁵, sembra lasciare uno spiraglio alle istanze di eliminazione dell’istituto dal nostro sistema.

Il ragionamento giuridico parte dalla lettura dell’art. 42 della nostra Costituzione, che recita: “*La legge stabilisce le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello stato sull’eredità*”.

Posto che la carta costituzionale non fa riferimento ai legittimari, il legislatore ordinario avrebbe facoltà di modificare la disciplina sulla successione necessaria e addirittura di abrogare l’istituto *tout court*.

Il caso giurisprudenziale riguarda la successione di un soggetto di cittadinanza canadese.

Il *de cuius* istituisce sua erede universale la compagna. Una parte cospicua del patrimonio del *de cuius* è però uscita dall’asse ereditario poco prima

¹⁷³ Cass. 24 giugno 1996, n. 5832, in *Nuova g. civ. e comm.* 1997, I, 164 e GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)* in *Giust. Civ.*, 2006, I, 4. In senso contrario CALO’, *L’etica dell’ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*, in *Nuova g. civ. comm.*, 1997, I, 170.

¹⁷⁴ TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, I, 2, Milano, 1980, p. 346.

¹⁷⁵ In *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997, I, 164 con nota di CALO’, *L’etica dell’ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997, I, 167.

dell'apertura della successione, perché il *de cuius* ha conferito procura alla figlia, perché vendesse per suo conto un immobile sito in Italia.

La figlia ha trattenuto per sé il corrispettivo in denaro di tale alienazione, pertanto, la convivente erede del *de cuius* agisce in giudizio per ottenere la restituzione del corrispettivo in oggetto.

La figlia, convenuta in giudizio, afferma di avere pieno titolo a trattenere il corrispettivo, in quanto esso rappresenterebbe la quota di legittima, cui ha diritto in base alla legge italiana.

Le clausole del testamento redatto dal padre secondo la legge canadese, sarebbero inefficaci nella misura in cui ignorano i diritti di successore necessario della figlia ai sensi della legge italiana.

L'inefficacia troverebbe fondamento nella contrarietà all'ordine pubblico internazionale, cui fa riferimento l'articolo 31 delle Disposizioni Preliminari al Codice Civile.

La Suprema Corte si esprime, però, diversamente: essa stabilisce che l'istituto della successione necessaria è espressione dell'ordine pubblico interno, ma non di quello internazionale, potendo il legislatore italiano modificarlo in ogni momento; per questo cassa la sentenza con la quale la Corte d'Appello ha dichiarato il diritto canadese in aperto contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano, nella misura in cui non contempla alcuna successione necessaria.

Del resto, se una soppressione dell'istituto della successione necessaria non è in contrasto con l'articolo 42 della Costituzione, forse lo è con gli articoli 2, 3, 29 e 30 che enunciano il principio cardine della solidarietà familiare come precisa scelta di valore operata del nostro ordinamento¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Si leggano al riguardo PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in *Tradizione e modernità del diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, di Delle Monache S., Padova, 2007, p. 321 e DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?* In *Riv. Not.*, 2007, II, 815 ss.

Se si accogliesse una tale ricostruzione, sembrerebbe possibile soltanto una modifica della successione necessaria nel rispetto del principio di solidarietà familiare e non la sua soppressione *tout court*.

Quindi, si potrebbe suggerire di flessibilizzare la disciplina delle quote di riserva, per adeguarla al mutamento del modello familiare; tale “flessibilizzazione” sortirebbe un evidente effetto positivo sulla certezza dei traffici giuridici¹⁷⁷ e faciliterebbe la circolazione dei beni¹⁷⁸.

Secondo un diverso orientamento¹⁷⁹, la norma sulla quota di riserva non avrebbe tutela costituzionale: la Costituzione stessa, infatti, all’art. 41 comma 4 demanda alla legge (ordinaria) il compito di stabilire i limiti della successione legittima e testamentaria. La successione necessaria rappresenterebbe appunto uno di tali limiti.

E’ stato anche sostenuto, come vedremo, che la successione necessaria non solo possa ma debba essere superata, in quanto costituzionalmente illegittima, nella misura in cui sacrifica il bene costituzionalmente garantito della libertà di testare¹⁸⁰.

In realtà tale limitazione sembra giustificabile alla luce di altri principi costituzionali: il riconoscimento dei diritti della famiglia (art. 29), il dovere dei genitori di mantenere i figli (art. 30), l’impegno dello stato a favorire gli istituti a protezione della maternità, dell’infanzia e della gioventù (art. 31)¹⁸¹.

¹⁷⁷ Che sarebbero al riparo dalle pretese dei legittimari.

¹⁷⁸ Il modello familiare tradizionale sembra oggi cambiato nella misura in cui molti nuclei familiari non sono basati sul matrimonio, ma sono sempre più frequenti le convivenze, le separazioni di fatto, i divorzi.

¹⁷⁹ DI FABIO, *In tema di diseredazione (anche) del legittimario*, in *Rivista del Notariato*, 2012, V, 1233.

¹⁸⁰ Relazione al D.d.l. 1043/2006 di cui si dirà in seguito; CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, V, 495.

¹⁸¹ CINQUE, cit., 496.

Alla luce di queste norme, Zoppini ritiene che la Costituzione tuteli un “*principio di successione necessaria materiale*”¹⁸² che offra un adeguato sostegno a coniugi e figli minori.

Il problema della copertura costituzionale della successione necessaria rileva anche ai fini del diritto internazionale privato, per il caso in cui le nostre regole di diritto internazionale privato facciano rinvio ad un ordinamento che non conosce nessuna forma di tutela per i legittimari.

L’art. 46 della legge n. 218/95 prevede che accanto al criterio della nazionalità, il *de cuius* possa sottoporre la sua successione alla legge dello stato di residenza.

Il secondo comma dell’art. 46 stabilisce poi che “*nell’ipotesi di successione di un cittadino italiano, la scelta non pregiudica i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimari al momento della morte della persona della cui successione si tratta*”.

La norma è stata interpretata nel senso che i legittimari comunque tutelati dalla disciplina italiana sulla successione necessaria sarebbero soltanto quelli residenti in Italia¹⁸³ e soltanto nel caso di successione di un italiano.

Ciò significa che a maggior ragione il limite dell’ordine pubblico non opera per tutelare i legittimari nel caso di successione di un soggetto di cittadinanza non italiana¹⁸⁴.

¹⁸² ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Tratt. di diritto comparato*, diretto da Sacco, Torino 2002, p.91.

¹⁸³ DI FABIO, *In tema di diseredazione (anche) del legittimario*, in *Rivista del Notariato*, 2012, V, 1233.

¹⁸⁴ DELI, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, a cura di Baratti, in *Nuove l. civ. comm.*, 1996, sub. art. 46, 1290 ss; TROMBETTA-PANIGADI, *La successione mortis causa nel diritto internazionale privato*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, V, Milano 2009, p. 225.

2. Il d.d.l.1043/2006: una proposta di abolizione della successione necessaria

Le istanze di superamento dell'istituto della successione necessaria in Italia sono alla base del disegno di legge n. 1043/2006¹⁸⁵.

Il disegno di legge n. 1043/2006 viene presentato alla Presidenza il 27 settembre 2006 ed è sostanzialmente volto ad abolire la successione necessaria, per realizzare una autentica "liberalizzazione del diritto successorio"¹⁸⁶.

La relazione preliminare al disegno di legge riassume gli addebiti mossi all'istituto della successione necessaria: se da un lato essa valorizza la solidarietà familiare, dall'altro sacrifica l'autonomia testamentaria e la libera circolazione dei beni. Sarebbero questi due aspetti a rendere auspicabile un'abrogazione dell'istituto della successione necessaria.

Inoltre si sottolinea come la quota di riserva fissa prescindere dal bisogno e, quindi, in realtà, non si possa giustificare con una logica assistenziale.

A ben vedere, l'attuale disciplina delle quote fisse privilegia i figli rispetto ai genitori del defunto. Ma nella realtà odierna, essendo l'aspettativa di vita alta, pochi lasciano figli minori bisognosi di aiuto ed è più frequente che i figli siano autonomi, mentre siano in qualche misura bisognosi di aiuto il coniuge ed i genitori del defunto.

Eppure, in presenza di figli, ai genitori del defunto non spetta nulla.

Questo sarebbe un esempio di come l'attuale disciplina non faccia i conti con la realtà.

Non solo l'attuale sistema sembra cieco rispetto ai bisogni dei congiunti del defunto, ma non considera nemmeno i loro meriti e demeriti¹⁸⁷: il figlio premuroso e presente ha lo stesso trattamento successorio di quello ostile e menefreghista.

¹⁸⁵ Ripresentato quale D.d.l. n. 576 nel 2008.

¹⁸⁶ FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contratto e impresa, Europa*, 2009, I, 463.

¹⁸⁷ Relazione al D.d.l. n. 1043/2006.

E' significativo come la relazione al disegno di legge riporti l'esperienza di altri sistemi giuridici per dare una dimensione di arcaismo dell'istituto operante in Italia.

E' stato sostenuto che il comparatista gioca spesso da legislatore occulto¹⁸⁸; nella relazione è il legislatore a fare comparazione¹⁸⁹.

Vengono presi in considerazione la Germania, la Louisiana, l'Inghilterra, l'Irlanda, il sistema Ceco, nonché quello austriaco e gli Stati Uniti.

Nella ex Repubblica democratica tedesca soltanto il coniuge aveva diritto ad una quota di legittima; ai discendenti e genitori spettava una quota solo se al momento della morte del *de cuius* percepivano da lui degli alimenti.

In Louisiana, dove esistevano le quote riservate, dal 1990 solo i figli minori di ventitre anni o affetti da *handicap*, possono far valere il diritto ad una quota di eredità.

Per quanto riguarda il sistema inglese, la Relazione pone l'accento sulla tutela accordata ai *dependants*: come vedremo poi diffusamente, tutte le persone mantenute dal *de cuius* nel periodo precedente alla sua morte, se versano in stato di bisogno, possono chiedere al giudice l'attribuzione di una *provision*.

Nel diritto ceco il figlio perde il diritto alla legittima se non abbia prestato al defunto vecchio o malato la necessaria assistenza e si sia disinteressato dei suoi bisogni.

Infine, viene ricordata l'esperienza degli Stati Uniti, dove, ai sensi dell'*Uniform Probate Code* vigente in un certo numero di stati, l'importo della quota spettante al coniuge dipende dagli anni di matrimonio.

In realtà questa ricognizione di alcuni elementi di diritto successorio di diversi paesi è volta a evidenziare una pretesa arretratezza dell'istituto della successione necessaria a quota fissa e prescinde da uno studio di contesto che comprenda an-

¹⁸⁸ GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Foro it.*, 1983, III, 85.

¹⁸⁹ FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contratto e impresa, Europa*, 2009, I, 463.

che un'analisi del diverso ruolo del giudice¹⁹⁰, molto importante per capire l'applicabilità di una data disciplina.

Il d.d.l. n. 1043/2006 è composto da un primo articolo che contiene le abrogazioni espresse e da successivi articoli che si occupano degli adattamenti delle altre disposizioni del codice che richiamano i diritti dei legittimari.

L'art. 1 del citato d.d.l. propone la pressoché totale abrogazione dei diritti dei legittimari, fatta eccezione per i diritti del coniuge di cui agli attuali artt. 540 e 548 c.c. e cioè il diritto ad abitare nella casa adibita a residenza familiare ed usare i mobili che la corredano ed il diritto ad ottenere un assegno vitalizio da parte del coniuge separato con addebito.

Il progetto di legge rivela importanti incoerenze e disarmonie.

Innanzitutto, il secondo comma dell'art. 540 c.c. prevede che il riconoscimento dei diritti di abitazione ed uso di cui al 540 primo comma c.c. gravi sulla porzione disponibile; peccato che con l'abolizione dell'istituto della successione necessaria il concetto di porzione disponibile risulta sgretolato.

Inoltre il coniuge separato con addebito gode di un trattamento di *favor* rispetto al semplice coniuge superstite, perché solo a favore del primo è fatta salva un'attribuzione patrimoniale, in conseguenza del mantenimento in vigore del citato art. 548 c.c.

Inoltre, ci si chiede perché il progetto di legge appresti una tutela, seppur minima per il coniuge e nessuna per i discendenti, neppure per i minori e neppure per quelli bisognosi¹⁹¹.

Sotto questo profilo, il disegno di legge italiano sembra tutelare la libertà del testatore ancora di più di quanto essa sia tutelata nel sistema inglese, laddove comunque, come vedremo i figli bisognosi possono agire in giudizio ed è probabile che ottengano una *provision*.

¹⁹⁰ FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contratto e impresa, Europa*, 2009, I, 463.

¹⁹¹ CINQUE, cit.499.

Sicuramente si tratta di operare una scelta di assunzione di rischio: abolire la successione necessaria e rischiare di escludere dalla successione un congiunto che potrebbe in futuro versare in difficoltà economiche, oppure ipergarantire in modo standard chi magari in situazione di bisogno non si troverà mai¹⁹².

Ma non solo. L'esistenza in un sistema di norme sulla successione necessaria limita i casi di captazione di disposizioni a danno di testatori che, spesso, grazie all'aumento dell'aspettativa di vita, sono fragili fisicamente e psicologicamente e, quindi, plagiabili¹⁹³.

Anche la dottrina straniera si è posta il problema di disciplinare questa “zona grigia” nella quale un testatore non è incapace di intendere e volere ma obiettivamente più vulnerabile e suggestionabile¹⁹⁴.

In caso di testamento redatto in questa situazione, la piena libertà di testare potrebbe portare ad una devoluzione dei beni che non realizza pienamente la volontà lucida del testatore, ma magari obbedisce ad una debolezza o suggestione¹⁹⁵ del momento, mentre la presenza di norme inderogabili di successione necessaria fornirebbe uno “zoccolo duro” di tutela a favore dei prossimi congiunti.

Il sistema giuridico italiano non attribuisce rilevanza a blandizie e suggerimenti¹⁹⁶, che non bastano ad integrare la captazione, che è la forma più lieve di dolo, che comunque consente di impugnare il testamento ai sensi dell'art. 624 C.C.¹⁹⁷

¹⁹² CINQUE, cit.502.

¹⁹³ Così BUCELLI, *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 719.

¹⁹⁴ HALL, *Equitable Fraud: Material Exploitation in Domestic Settings*, in *Elder law Rev.*2006, 7 fa riferimento agli “*older adults in the grey zone not incapable, but more vulnerable*”.

¹⁹⁵ Nel sistema italiano la condizione di vulnerabilità ha assunto un rilievo solo con il Codice del Consumo, che, all'art. 52 prevede che, in materia di contratti a distanza, le informazioni devono essere fornite al consumatore osservando i “*principi di buona fede e di lealtà [...] valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili*”.

¹⁹⁶ CINQUE, cit.505.

¹⁹⁷ SCALIA, *La nullità e l'inefficacia delle disposizioni testamentarie*, in *Tratt. breve delle successioni e donazioni*, diretto da RESCIGNO, I, Padova, 2010, p. 1293.

Il problema esposto riguarda sicuramente il testamento olografo, ma anche quello pubblico, posto che la legge notarile impone al notaio di rifiutare il proprio ministero quando si accorga che la parte ha una palese incapacità naturale, ma non ha un obbligo istituzionale di fare accertamenti sul punto¹⁹⁸.

La successione necessaria appresta una tutela riparatoria indiretta¹⁹⁹ per il caso di testamento frutto di blandizie a persona vulnerabile perché consente ai legittimari di agire e recuperare almeno le loro quote riservate, sottraendo le stesse al blanditore.

Se la successione necessaria venisse meno, verrebbe meno anche la tutela indiretta che fornisce.

Dopo aver dato conto del disegno di legge italiano che propone una abrogazione delle norme sulla successione necessaria²⁰⁰, viene da chiedersi se esso rappresenti davvero una occasione di avvicinamento della disciplina italiana a quella inglese.

La differenza che forse colpisce di più è il fatto che, come si è detto, in Inghilterra possano chiedere la *provision* anche soggetti che non sono parenti del *de cuius*, ma gli sono stati vicini per “situazioni di fatto qualificate”²⁰¹. Si pensi alla persona mantenuta dal *de cuius* (*dependant*), al convivente, alla persona trattata dal defunto come un figlio.

I congiunti bisognosi del *de cuius* (moglie e figli) nel sistema inglese godono della tutela fornita dalla *family provision*, mentre il disegno di legge italiano di abolizione delle quote di riserva non li tutela affatto.

La disciplina inglese, paradossalmente, pur nell’affermazione del principio cardine della libertà di testare, rispetta il principio costituzionale italiano della solidarietà familiare, mentre il disegno di legge italiano no²⁰².

¹⁹⁸ PROTETTI- DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 2009, p. 158.

¹⁹⁹ CINQUE, cit., 505.

²⁰⁰ D.d.l. 1043/2006.

²⁰¹ CINQUE, cit., 508.

²⁰² CINQUE, cit., 511.

Sotto questo profilo il disegno di legge non si inquadra in un'ottica di convergenza con la disciplina inglese.

Autorevoli studiosi del diritto comparato hanno sottolineato come, in fondo, nessun sistema giuridico lasci privi di tutela i congiunti del defunto²⁰³, mentre questo sarebbe proprio l'esito a cui mira il disegno di legge italiano citato²⁰⁴.

Una tale soluzione avrebbe una portata di sovvertimento totale.

3. *Le proposte di riforma formulate dalla dottrina italiana e gli spunti provenienti dal diritto comparato*

La dottrina italiana si è spesso interrogata sull'opportunità di una revisione della disciplina sulla successione necessaria o della sua abolizione, anche alla luce del fatto che numerosi altri sistemi giuridici stranieri non contemplano affatto un istituto affine.

In verità, sono state prospettate sia l'ipotesi di una radicale abolizione dell'istituto della successione necessaria²⁰⁵, sia quella della revisione degli aspetti di maggior criticità.

Del problema si è discusso anche nella *4th Conference della Commission on European Family Law*, nell'ambito della quale si è discusso di "*Freedom of te-*

²⁰³ ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, cit., p. 91.

²⁰⁴ Sulla lacuna del disegno di legge rappresentata dalla mancanza di tutela per gli stretti congiunti che si trovino in stato di bisogno si legga GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, VI, 547.

²⁰⁵ Sull'inquadramento del problema in generale AMENTA, *La successione necessaria: essere o non essere?*, in *Rass. d. civ.*, 2009, p.605; AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione ed istanze di riforma*, in *R. not.*, 2007, I, pag. 803; CONSOLO-DALLA MASSARA, *Libertà testamentaria, protezione dei figli e deflazione delle liti*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2008, II, p. 269; DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?* In *R. not.* 2007, I, p. 815 ss.; GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. Pers. e succ.*, 2009, p. 540 ss.; PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)* in *Pers. e danno*, 2007, n. 5, p. 1 ss.

*station and protection of family members” in un’ottica di harmonisation of family law within Europe*²⁰⁶.

Le criticità enucleate dalla dottrina consistono essenzialmente nelle seguenti: valutare se e come rivedere il catalogo dei legittimari, valutare se e come ridurre la quota indisponibile²⁰⁷, valutare se dare rilievo nella devoluzione delle sostanze ereditarie a particolari meriti o demeriti del legittimario²⁰⁸, che pure non hanno una gravità tale da rappresentare casi di indegnità a succedere, valutare se riconoscere diritti a terzi che non siano parenti, valutare se mantenere la tutela reale dei diritti del legittimario, oppure sacrificarla a vantaggio di una maggiore certezza dei traffici.

Una spinta verso l’abrogazione delle norme sulla successione necessaria deriva dal fatto che la tutela reale garantita al legittimario inficia la certezza nella circolazione dei beni²⁰⁹. Inoltre, nell’istituto della legittima si ravvisa un sacrificio ingiustificato alla libertà di testare. Infine, se la ragione giustificatrice della successione necessaria è solidaristica, si comprende perché operi a favore di figli minori o bisognosi, ma non si comprende perché operi pure nel caso di figli adulti ed economicamente autosufficienti²¹⁰.

Gazzoni non esita, per tal ragione, a tacciare l’istituto della successione necessaria di arcaismo²¹¹.

²⁰⁶ Cfr. <http://www.ceflonline.net>. Gli atti sono stati pubblicati nel 2011: BOELE-WOELKI-MILES-SCHERPE (edited by), *Future of Family Property in Europe: Proceedings of the 4th Conference of the Commission on European Family Law*, Anversa, 2011.

²⁰⁷ Giova ricordare, a questo riguardo, in nuce alcune soluzioni adottate da altri paesi: In Spagna il *de cuius*, alla luce dei meriti o demeriti dei figli, possono distribuire una parte della riserva in modo diseguale tra i figli; in Norvegia la *Inheritance Act* ha fissato un tetto massimo per la legittima (154.000\$ per figlio) e, per il resto ha stabilito la piena libertà di testare (cfr. ASLAND, *Balancing interests – How much freedom of testation?*, in BOELE-WOELKI-MILES-SCHERPE (edited by), *Future of Family Property in Europe*, cit., 239 ss.

²⁰⁸ CINQUE, cit., 512 ss.

²⁰⁹ CINQUE, cit., 500. Ciò è coerente col contenuto della relazione la d.d.l. 1043/2006.

²¹⁰ Il ragionamento è allineato con quello della relazione al d.d.l. 1043/2006.

²¹¹ La successione necessaria rappresenterebbe una misura arretrata “a tutela della tribù”, GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, cit., 4.

Vedremo nell'ambito del sistema inglese come il figlio adulto in grado di badare a se stesso abbia in genere scarse speranze di ottenere una *provision* ai sensi della *Inheritance Provision for family and Dependants Act* del 1975.

Il nostro sistema, poi, sembra "ipertutelare" il coniuge, sia in termini di quota attribuita, sia per i diritti di cui all'art. 540 C.C.

La realtà odierna deve però fare i conti con il caso in cui un *de cuius* si sia sposato due o più volte²¹²: i vincoli matrimoniali sono spesso instabili e di breve durata e l'eredità lasciata da uno dei due non è più il frutto di una vita insieme²¹³.

Ha trovato consenso in dottrina anche l'ipotesi di una modifica dell'art. 548 c.c. volta ad escludere la successione del coniuge separato, per attribuirgli soltanto un assegno periodico in caso di bisogno²¹⁴.

Altri²¹⁵ hanno pensato di limitare la quota di riserva spettante al coniuge, rapportandola alla durata del matrimonio. Una disciplina simile vige già negli Stati Uniti, dove, ai sensi dell'*Uniform Probate Code* (UPC), il coniuge ha diritto ad una percentuale di patrimonio che cresce del 3% ogni anno di matrimonio, mentre dai quindici anni di matrimonio in poi la percentuale resta fissa del 50%.

In questo modo i diritti del coniuge di un matrimonio di breve durata verrebbero ridotti, ma resterebbe la criticità dei matrimoni che, pur di breve durata, sono l'approdo di una lunga convivenza²¹⁶.

Si noti come il sistema francese, con una riforma avvenuta nel 2001, prevede che, ove il coniuge concorra con i figli nella successione, scelga tra una maggiore percentuale di usufrutto ed una quota minore di proprietà²¹⁷.

²¹² Si legga DOSSETTI, *Il coniuge*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da BONILINI, III, Milano, 2009, p. 67ss.

²¹³ PADOVINI, *La successione del coniuge, dei parenti e dello stato*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di Delle Monache, Padova, 2007, p. 97.

²¹⁴ AL MUREDEN, *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, VIII-IX, 1951. Come vedremo, l'attribuzione di somme subordinata al caso dello stato di bisogno è una soluzione affine a quella adottata nel sistema inglese.

²¹⁵ AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, cit., p. 811; DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?* cit., 822.

²¹⁶ CINQUE, cit., 815.

La soluzione francese potrebbe costituire uno spunto per trovare una modalità di limitazione dei diritti successori del coniuge anche in Italia²¹⁸.

Un ulteriore profilo di criticità nel sistema vigente è costituito dal trattamento successorio dei figli di primo letto.

Molti autori hanno sottolineato, infatti, come l'attuale disciplina della successione necessaria non tenga in considerazione i problemi successori di quanti vivano più di una esperienza familiare nel corso della loro vita ed abbiano figli dalla prima e dalla seconda unione. I diritti della seconda moglie e dei figli nati dalla seconda unione inevitabilmente comprimono quelli dei figli di primo letto²¹⁹.

Un'autorevole voce dottrinale propone di limitare la legittima del coniuge riducendo la base di calcolo: in altre parole, per il solo coniuge la riunione fittizia (operazione di conteggio preliminare al calcolo della legittima) avverrebbe unicamente conteggiando, nel loro valore attualizzato, le donazioni successive al matrimonio²²⁰.

In questo modo le donazioni fatte ai figli di primo letto ed avvenute prima del matrimonio sarebbero salve e non potrebbero essere aggredite dal coniuge del defunto²²¹.

In dottrina è stata, poi, avanzata anche l'ipotesi di una deroga al divieto di patti successori, per consentire l'inserimento nelle convezioni matrimoniali di patti rinunciativi; questo potrebbe essere uno strumento per attuare una più equi-

²¹⁷ FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2009, I, 457.

²¹⁸ BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, 581.

²¹⁹ AL MUREDEN, *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, VIII-IX, 1947 ss.

²²⁰ DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., p. 822.

²²¹ CINQUE, cit. 516. Proprio nell'interesse dei figli di primo letto il *codigo civil* spagnolo riserva al coniuge soltanto un diritto di usufrutto (artt. 834 ss.). Gli articoli 968 e 973-976 del *codigo civil*, invece, prevedono a carico del genitore che contragga un secondo matrimonio l'obbligo di riservare ai figli di primo letto i beni che abbia ricevuto a titolo gratuito dal primo coniuge.

librata divisione di ricchezze tra famiglie che si succedono nel tempo²²² e dare maggior tutela ai figli nati dalle prime unioni.

Ci si è pure interrogati sull'opportunità di escludere gli ascendenti dalla categoria dei legittimari²²³ o di prevedere a loro favore un mero diritto di credito a carico dell'eredità, qualora versino in stato di bisogno²²⁴.

L'eliminazione della riserva a favore degli ascendenti è di recente avvenuta nel sistema francese con la *loi* n. 2006-728 del 23 giugno 2006.

A favore dei genitori del *de cuius* viene conservato soltanto un *droit de retour* sui beni da loro donati al figlio, che non può comunque superare la quota di eredità che spetterebbe ai genitori in base alle norme sulla successione legittima, ovvero un quarto del patrimonio per ciascun genitore, ai sensi dell'art. 738, comma 1 del *Code Civil*²²⁵.

Una proposta di modifica della disciplina italiana consisterebbe nell'introdurre il diritto del genitore del *de cuius* ad ottenere solo il corrispettivo delle donazioni effettuate al figlio; eliminando la tutela reale, però, inevitabilmente, il genitore resterebbe a bocca asciutta qualora non vi fosse attivo ereditario²²⁶.

Un'ulteriore criticità del nostro sistema è rappresentata dal fatto che non sembra tutelare adeguatamente i figli disabili del *de cuius*; per ovviare a ciò, si potrebbe prevedere, anche in questo caso, una deroga al divieto di patti successori²²⁷.

²²² AL MUREDEN, *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, VIII-IX, 1951; ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Rivista di diritto privato*, 1997, 7.

²²³ AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, cit., 811.

²²⁴ DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., 822; BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, 587.

²²⁵ Tale disciplina inevitabilmente sacrifica la posizione del coniuge del defunto, ma si noti anche che l'art. 914 del *Code Civil* subordina la riserva del coniuge, che è pari ad un quarto, alla assenza di discendenti del *de cuius*.

²²⁶ CINQUE, cit., p. 519.

²²⁷ Si leggano GARRONE, *Soggetti deboli in famiglia e trusts quale tutela etica*, in *Trusts e att. Fid.*, 2004, p. 312 e PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessa-*

Oppure si potrebbe introdurre nel sistema una certa flessibilità, per consentire al giudice di derogare al sistema delle quote fisse nel caso vi sia un legittimario disabile.

Inoltre, si riflette se introdurre casi di diseredazione e se ampliare i casi di indegnità tipici previsti dal sistema italiano.²²⁸

Non sono mancate in dottrina le proposte di stabilire la diseredazione come sanzione per la violazione degli obblighi di solidarietà familiare, con il correttivo dell'assegno alimentare per i casi di bisogno²²⁹.

Gli articoli 835-855 del *codigo civil* spagnolo offrono un esempio di casistica di ipotesi di diseredazione: aver negato al *de cuius* assistenza o alimenti senza ragione legittima, aver maltrattato o gravemente ingiuriato il *de cuius*, essere venuto meno rispetto agli obblighi coniugali in modo grave e reiterato²³⁰.

Addirittura il BGB, nel n. 5 del § 2333 del BGB abrogato nel 2010 prevedeva la diseredazione nel caso in cui il legittimario conducesse una vita disonorevole o immorale²³¹.

Inoltre, ci si chiede se non sia il caso di differenziare il trattamento successorio del figlio che si sia preso cura del genitore rispetto a quello del figlio che, ad esempio, si sia disinteressato di tutte le incombenze²³².

Il sistema americano offre un esempio di soluzione radicale nel trattamento successorio dei figli, nella misura in cui solo la Louisiana prevede una quota di

ria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari) in *Pers. e danno*, 2007, V, 17 ss.

²²⁸ Per una ricognizione puntuale delle soluzioni adottate da altri sistemi si veda FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2009, I, 458.

²²⁹ COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Familia*, 2003, I, 27 ss; MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e di indegnità*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di Delle Monache, cit., pp. 21 ss.

²³⁰ CINQUE, cit., 522.

²³¹ CINQUE, cit., 523.

²³² CINQUE, cit., 524. Come si vedrà, la cura prestata al defunto è uno degli elementi che vengono presi in considerazione dal sistema inglese, al fine dell'attribuzione della *family provision*.

riserva per i figli più giovani, mentre gli altri stati nulla prevedono²³³, a prescindere dall'assistenza prestata dal figlio al genitore.

L'aspetto più problematico dell'istituto della successione necessaria in Italia sembra essere rappresentato dalla tutela reale dei diritti dei legittimari, che impatta direttamente sulla circolazione dei beni e sulla stabilità delle donazioni.

Una possibile soluzione è quella di modificare il diritto dei legittimari in un mero diritto di credito²³⁴. Per dare certezza alla cessione dei beni, si potrebbe anche pensare di legittimare la rinuncia all'azione di riduzione anche prima dell'apertura della successione.

Tale soluzione è già stata adottata dal sistema francese nella forma della rinuncia preventiva all'azione di riduzione o del consenso preventivo all'alienazione²³⁵.

²³³ FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2009, I, 457.

²³⁴ Tale soluzione è stata adottata dal sistema tedesco. CINQUE, cit., 526.

²³⁵ CINQUE, cit., 530.

CAPITOLO III

*IL PROBLEMA DELLA SUCCESSIONE NECESSARIA NEL SISTEMA INGLESE: IL FORMANTE LEGISLATIVO*²³⁶

Sommario: 1. *Le origini della testamentary freedom nel sistema inglese e la successione legittima*; 2. *La Inheritance Family Provision Act del 1938 e la Inheritance Provision for Family and Dependants Act del 1975*; 3. *La disciplina legislativa sulla attribuzione della family provision in dettaglio*.

1. Le origini della testamentary freedom nel sistema inglese e la successione legittima

Se fossimo chiamati a dare un inquadramento generale del sistema successorio inglese attuale potremmo dire che esso è permeato dalla *testamentary freedom*, sebbene i giuristi inglesi stessi non ne abbiano dato una definizione compiuta.

Nella dottrina inglese si legge semplicemente:

*“In English law a person has complete freedom to dispose of his assets as he chooses by will”*²³⁷ o ancora *“a person has complete testamentary freedom to dispose of his property in whatever manner he pleases”*²³⁸.

Anche la giurisprudenza inglese sembra ammettere e difendere un vero e proprio *“testator’s right to be capricious”*²³⁹, ossia un diritto del testatore di essere stravagante.

²³⁶ Si legga la nota di approfondimento sul concetto di formante inserita nell’introduzione al presente lavoro.

²³⁷ SPEDDING, *LLB Succession textbook*, London , 1994, p.6

²³⁸ WILLIAMS, *On wills*, London 1987.

²³⁹ *Crawford’s Trustees v. Fleck*, 1910 S.C. 998.

Già nel caso *Banks v. Goodfellows* del 1869-1870²⁴⁰, il giudice Cockburn dava una semplice e netta spiegazione del primato della volontà testamentaria sulla legge, esprimendosi in questi termini: “*It must be borne in mind that the absolute and uncontrolled power of testamentary disposition conceded by the law is founded on the assumption that a rational will is a better disposition than any that can be made by the law itself*”.

E’ curioso come nel sistema di *common law* inglese la libertà assoluta di testare si sia formata proprio a partire da un regime di assoluta indisponibilità dei diritti.

Durante il periodo anglosassone, il testatore godeva di completa libertà di disposizione della *personal property*, ma nel periodo successivo alla dominazione normanna (1066-1485), il testatore poteva disporre liberamente dei propri beni soltanto se ciò era concesso da una particolare consuetudine del luogo²⁴¹.

Altrimenti, una parte del patrimonio, detta *wife’s part*, spettava alla moglie, una parte spettava al figlio e solo della quota restante il *de cuius* poteva disporre liberamente.

Se vi erano più figli, ciascuno, prima di ricevere la sua quota, doveva restituire ciò che il defunto gli aveva già attribuito in vita²⁴².

Nel *common law* esisteva anche un particolare *writ*, detto *de rationabili parte bonorum*, a mezzo del quale i parenti del *de cuius* potevano rivendicare la parte ad essi dovuta in caso di lesione²⁴³.

Questo sistema che, seppur nel suo carattere embrionale, avrebbe potuto far presagire una evoluzione verso una disciplina affine a quella italiana in materia

²⁴⁰ *Banks v. Goodfellows*, [LR] 11 Eq. 472.

²⁴¹ VALIA, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2002, II, 364.

²⁴² VALIA, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2002, II, 364. Non può sfuggire l’affinità tra tale antico meccanismo e l’istituto italiano della collazione, cui si è fatto riferimento nel precedente capitolo.

²⁴³ Questo meccanismo, con le debite distanze e differenze, è invece accostabile all’istituto dell’azione di riduzione.

di quote di riserva venne meno invece nel XIV secolo per lasciare il posto alla completa e illimitata libertà sui beni mobili.

La “riserva” di parte del patrimonio ad alcuni prossimi congiunti restò soltanto in Galles fino al 1696, a Londra fino al 1724 e nella provincia di York fino al 1692.

Nell’analisi della disciplina sulla *real property* occorre invece distinguere tra *folkland* e *bookland*. Il primo termine indicava la proprietà della famiglia, coltivata in comune e sottoposta alle regole della comunità, mentre il secondo indicava la proprietà sottoposta a determinate regole riguardanti il suo trasferimento ed i diritti di godimento²⁴⁴.

Se sulla *folkland* non si hanno notizie certe riguardo alla disciplina dei trasferimenti, la *bookland* era liberamente disponibile.

Dopo la conquista dei normanni, le corti reali ottennero giurisdizione esclusiva sulla *real property* e stabilirono che non si potesse liberamente disporre delle terre possedute in proprietà assoluta.

Per evitare l’applicazione di questa rigida disciplina, la Court of Chancery sviluppò l’istituto del *trust o use*, a mezzo del quale i beni venivano trasferiti in vita ad un altro soggetto, che li tratteneva per poi trasferirli, dopo la sua morte ai soggetti beneficiati dal testamento.²⁴⁵

Lo *Statute of Uses* del 1535 pose fine a questa pratica, ma ne conseguì la rivolta nota come *Pilgrimage of Grace*, che portò allo *Statute of Wills* del 1540, nel quale ai proprietari terrieri venne riconosciuta la facoltà di disporre dei due terzi delle terre ottenute in feudo e di tutte le terre tenute in affitto.

Quando nel 1660 con il *Tenitures Abolition Act* tutte le terre tenute in feudo vennero convertite in possedimenti in affitto, la disciplina successoria di questi

²⁴⁴ VALIA, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2002, II, 366.

²⁴⁵ BAILEY, *Law of wills*, London 1957, p. 23.

ultimi si applicò anche ai primi e così venne sancita la piena libertà di disporre della proprietà immobiliare²⁴⁶.

Unica eccezione a tale assoluta *freedom* era rappresentata dal diritto della moglie ad un terzo della proprietà terriera che venne ritenuto sostituibile con attribuzioni *inter vivos* a partire dalla *Dower Act* e venne abolito poi nel 1925 con la *Administration of Estates Act*.

Nella concezione barbarica e protofeudale, infatti, era fondamentale conservare la proprietà fondiaria all'interno del gruppo familiare; pertanto il proprietario del fondo non poteva sottrarlo ai suoi eredi né diseredandoli, né alienandolo in vita.

Dunque, in questo periodo la libertà di testare che oggi risulta principio cardine del sistema successorio di *common law* inglese non trovava riconoscimento alcuno ed anzi operava una disciplina ad essa opposta.

Resta da chiedersi quali siano state le cause della sua introduzione successiva.

Un ruolo chiave sembra essere stato giocato dal clero, il quale contribuì alla diffusione dell'abitudine di servirsi delle *last words*, ossia di dichiarazioni del morente con le quali quest'ultimo effettuava lasciti a favore della chiesa per la realizzazione di opere pie che servivano a suffragio della sua anima.

Anche se l'assimilazione *last words*-testamento è tutt'altro che pacifica, nella figura del confessore incaricato di ricevere le ultime volontà si riconosce il prototipo del *personal representative*, cioè del soggetto che oggi nel sistema inglese si occupa di amministrare e liquidare il patrimonio del *de cuius*.

L'anno 1066 d.C. segnò la data della conquista normanna e la costituzione di un sistema feudale basato sull'accentramento del potere nelle mani del sovrano.

²⁴⁶ VALIA, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2002, II, 366.

Quest'ultimo accordò il diritto di godimento sul fondo, in cambio di una promessa di fare, ossia i cosiddetti *services*.

Il fondo era indivisibile ed intrasmissibile, mentre erano trasmissibili le *personalities*.²⁴⁷ In particolare, la successione nell'onere personale della prestazione a favore del re si trasmetteva a causa di morte secondo la regola del maggiorascato.

Vi era, però, un generale malcontento attorno alla regola generale della primogenitura e sempre più si faceva sentire il desiderio di scegliere il proprio successore, nell'interesse della famiglia stessa.

La *freedom of testation* del disponente venne ribadita dalla *Will Act* del 1837, dall'*Administration of Estate Act* nonché dalla *Law of Property Act* del 1925 e trovò la sua peculiare espressione nel testamento.

Il testamento nel diritto inglese presenta dei criteri di validità ben meno stringenti di quelli previsti dal sistema italiano.

Per essere riconosciuto come valido, il testamento deve essere firmato dal testatore o comunque sotto le sue indicazioni, alla presenza di due testimoni adulti entrambi presenti, ciascuno dei quali deve firmare o riconoscere la propria firma alla presenza del testatore.

Nel contesto della presente trattazione non è possibile enucleare e trattare tutti i possibili profili di invalidità di un testamento, ma basti pensare che un testamento può essere ritenuto invalido se ad esempio il testatore non è mentalmente capace di intendere e volere al momento della redazione delle volontà testamentarie oppure se ha approvato il testamento senza conoscerne esattamente il contenuto oppure se ha redatto testamento sotto influenza illegittima di un terzo soggetto.

Per una trattazione dei diversi profili di invalidità del testamento si legga il *Wills Act* 1837, s. 9²⁴⁸.

²⁴⁷ Il termine "*personalty*" indica, nell'ambito della *law of property*, la *personal property*.

²⁴⁸ *No will shall be valid unless—*

(a) it is in writing, and signed by the testator, or by some other person in his presence and by his direction; and

Lo stesso *Administration of Estate Act* del 1925 contiene le norme suppletive che disciplinano la successione legittima nel sistema inglese, ovvero le regole di devoluzione operanti in assenza di testamento²⁴⁹: l'attuale quadro normativo in materia si deve a questo Act, nonché al successivo *Intestates' Estates Act* del 1952, nonché all'attività di indagine e approfondimento della *Law Commission*²⁵⁰. Questi i tratti fondamentali: se il coniuge concorre con i figli, gli spettano i beni personali del defunto, la somma di duecentocinquantamila sterline, un diritto su metà dell'asse accostabile all'istituto italiano dell'usufrutto vitalizio (capitabilizzabile se viene formulata dal chiamato a succedere apposita istanza). Ciò che resta spetta ai figli.

In assenza di figli²⁵¹, invece, la somma spettante al coniuge è più elevata e per la restante parte dell'asse sono chiamati a succedere i genitori, i fratelli e le sorelle; se mancano il coniuge, i figli ed i fratelli, possono succedere anche nonni e zii, in ordine di prossimità²⁵².

(b)it appears that the testator intended by his signature to give effect to the will; and
(c)the signature is made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses present at the same time; and
(d)each witness either—
(i)attests and signs the will; or
(ii)acknowledges his signature, in the presence of the testator (but not necessarily in the presence of any other witness),
but no form of attestation shall be necessary.]

²⁴⁹ FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, XII, pt.2, 759 ss.

²⁵⁰ LAW COMMISSION, *Tenth Programme of Law Reform*, n. 311, 2007.

²⁵¹ Le condizioni di figlio legittimo e naturale sono state parificate dal *Family Law Reform Act*, 1969.

²⁵² FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, XII, pt.2, 760.

2. La *Inheritance Family Provision Act del 1938* e la *Inheritance Provision for Family and Dependants Act del 1975*

La libertà testamentaria venne intaccata solo marginalmente dalla *Inheritance Family Provision Act del 1938*.

La legge introdusse un nuovo principio nell'ordinamento inglese, perché accordò alla corte il potere di annullare determinate disposizioni testamentarie, per sostituirle con altre ritenute più giuste.

In origine tale potere venne limitato solamente ai casi nei quali il defunto non aveva redatto testamento, ma in seguito venne esteso anche ai casi di successione legittima, operante in tutto o in parte²⁵³. La legge che realizzò questa estensione applicativa è costituita dall' *Intestates' Estates Act del 1952*²⁵⁴.

Sostanzialmente, alcuni precisi soggetti (coniuge superstite, figlia disabile o non sposata, figlio minore di ventun anni o disabile) potevano agire in giudizio per chiedere un'attribuzione patrimoniale o *provision* per il caso in cui il *de cuius* avesse lasciato un testamento in cui riconosceva loro poco o nulla dei suoi beni.

E' questo l'istituto antesignano dell'odierna *family provision*.

Solo il congiunto in stato di bisogno poteva chiedere la *provision* e quest'ultima poteva essere ottenuta soltanto sottoforma di versamenti periodici che dovevano necessariamente essere sospesi in corrispondenza del venir meno dello stato di bisogno.

²⁵³ VALIA, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2002, II, 369.

²⁵⁴ Secondo la legge inglese, quando un soggetto muore senza lasciare testamento, il suo patrimonio viene attribuito, dopo il pagamento dei debiti, ai soggetti indicati nella *Administration of Estates Act del 1925* (si veda a riguardo il precedente capitolo).

Così come nel diritto italiano, con riferimento al medesimo asse ereditario, la vocazione testamentaria e quella legittima a succedere possono coesistere per il caso in cui il testamento non disponga dell'intero asse, così nel sistema inglese se un testamento non presenta disposizioni esaustive dell'intero asse, la parte di beni non contemplata nel testamento verrà devoluta secondo le *Intestacy Rules*, con piccole variazioni nella disciplina rispetto al caso in cui la vocazione legittima sia l'unica operante. Si legga al riguardo la § 49 dell'*Administration of Estates Act del 1925*.

Inoltre, il diritto di proporre istanza da parte del coniuge era limitato nel caso in cui egli avesse già ottenuto una quota pari ad almeno i due terzi del reddito prodotto dal patrimonio del *de cuius*.

Nel 1969 il *Family Reform Act* incluse tra i richiedenti i figli naturali, mentre nel 1966 il *Family Provision Act* eliminò l'impossibilità di proporre istanza per il coniuge che avesse ottenuto già due terzi del reddito del patrimonio - introducendo inoltre per i patrimoni esigui la possibilità di attribuire al richiedente una somma in unica soluzione invece di versamenti periodici-, attenuò la rigidità del limite temporale per la richiesta, introdusse gli ordini provvisori ed infine attribuì la giurisdizione in materia alle *County Courts* per il caso di patrimoni di modesta entità²⁵⁵.

In seguito, nel 1970, il legislatore considerò il caso della nullità del matrimonio ed il coniuge superstite di un matrimonio nullo venne ricompreso tra i possibili richiedenti di *provision* con il *Law Reform (Miscellaneous provisions) Act* del 1970²⁵⁶.

La legge in materia di *Family Provision* venne quindi sostanzialmente modificata e rivista nel 1975 con la *Inheritance Provision for Family and Dependents Act*, che è attualmente la fonte principale della disciplina legislativa sulla successione contro il testamento.

La legge, che entra in vigore il giorno 1 aprile 1976, amplia la cerchia dei potenziali aventi diritto ad una quota di eredità contro la volontà del testatore di pretermetterli.

Infatti, tra i soggetti legittimati a chiedere la *provision* vengono inclusi anche i figli adulti del *de cuius* ed i soggetti trattati come figli, sebbene non siano legati al *de cuius* da rapporti di filiazione o di parentela.

²⁵⁵ Di valore inferiore a £ 5.000.

²⁵⁶ VALIA, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2002, II, 371.

Nel 1995, poi, il *Law Reform Act* introduce una nuova categoria di richiedenti, rappresentata dai “conviventi”²⁵⁷.

I presupposti per l’ottenimento di una *reasonable financial provision* a carico dell’eredità sono i seguenti: il *de cuius* deve avere *domicile*²⁵⁸ in Inghilterra, il ricorrente o *applicant* doveva essere coniuge non risposato del defunto, convivente da almeno due anni anche dello stesso sesso, ex coniuge non risposato, figlio del defunto, altra persona trattata dal defunto come un figlio oppure ancora altra persona del cui mantenimento il *de cuius* si sia occupato al momento della morte; inoltre, altro presupposto per l’esperibilità del rimedio previsto dall’*Act* in questione è che il defunto non abbia disposto alcuna attribuzione patrimoniale ragionevole a favore della persona in questione.²⁵⁹

Sotto il profilo procedurale, la domanda deve essere inoltrata entro sei mesi a decorrere dall’inizio della procedura di amministrazione da parte del *personal representative*²⁶⁰.

²⁵⁷ *Law Reform Succession Act* 1995, s. 2.

²⁵⁸ Si vedrà nel capitolo relativo alle proposte di riforma delineatesi nell’ambito della *Law Commission* come una di queste istanze consista nella sostituzione della *residence* al *domicile* come criterio di diritto internazionale privato inglese volto a stabilire quale sia la legge applicabile alla successione. Il termine *domicile* indica un rapporto con un ordinamento giuridico al quale una persona si ritiene legata; si tratta in altre parole del luogo al quale un soggetto intende ritornare: Il termine, lontano dal corrispondere al concetto italiano di domicilio, si confonde invece con quello di cittadinanza perché indica un’appartenenza d un paese ed alle sue regole. Si suole dire “*a person may have more than one residence, but only one domicile*”.

Un soggetto è *domiciled* in un determinato paese o luogo nel suo insieme e non in una specifica città. DE FRANCHIS, *Law Dictionary*, Milano, 1984, p. 712 ss.

²⁵⁹ Ben si può immaginare come un avvocato possa consigliare al proprio assistito di effettuare dei lasciti seppur modesti ai soggetti legittimati ad agire in giudizio, al fine di paralizzare le loro pretese. L’operatività di tale espediente è resa possibile dalla mancata previsione di un minimo per l’attribuzione patrimoniale che dovrebbe paralizzare la pretesa alla *family provision*.

²⁶⁰ Il *personal representative* è il soggetto che all’apertura della successione ha l’incarico di devolvere i beni caduti in successione secondo le disposizioni testamentarie del *de cuius* o secondo le norme sulla successione legittima che trovano applicazione nel caso di specie. La figura del *personal representative*, introdotta ai sensi del *Settled Land Act* del 1925 e della *section 55* dell’*Administration of Estates Act* del 1925, è priva di corrispondenza nella *civil law*; in genere si tratta di un estraneo che diviene titolare della massa ed ha il compito di pagare i debiti e recuperare i crediti prima di distribuire le sostanze del defunto. Il *personal representative* è detto *executor*, quando è designato dal testatore, mentre nel caso di successione intestata si parla di *administrator*.

Quando l’*executor* nominato nel testamento rifiuta o non è in grado di assumere l’incarico, il giudice nomina un *administrator*, con il compito di amministrare l’estate come se fosse *execu-*

I fattori che incidono sulla commisurazione dell'attribuzione patrimoniale sono molteplici e conferiscono una sensibile flessibilità al sistema²⁶¹: se il richiedente ha o potrà in futuro avere la possibilità di sostentarsi autonomamente, quali obblighi o doveri ha il testatore nei confronti del ricorrente, a quanto ammonta il patrimonio del *de cuius* e da cosa in particolare è formato, se il ricorrente è affetto da un particolare handicap fisico o psichico, qual è stata la condotta tenuta dal ricorrente nei confronti del *de cuius*, qual è la sua età e, nel caso in cui il ricorrente sia il coniuge, qual è stata la durata del matrimonio.

Non sono previsti affatto né un ammontare massimo, né un ammontare minimo per l'attribuzione patrimoniale.

Ai fini della commisurazione dell'attribuzione patrimoniale, il giudice dovrà tenere conto anche delle donazioni fatte dal *de cuius* prima della morte oltre che naturalmente dei suoi lasciti *mortis causa*.

Le Corti conservano una certa flessibilità anche per quanto attiene la possibilità di accogliere domande non pervenute nei termini di legge.

La peculiarità di tale meccanismo è l'indeterminatezza dell'*an* e del *quantum*; in altre parole, a differenza che nella successione necessaria nota all'ordinamento italiano, le quote di eredità da riservarsi ai congiunti non sono predeterminate *ex lege*, ma vengono quantificate caso per caso, anche sulla base del prudente apprezzamento da parte del giudice.

Del pari la *Family Division* ha la possibilità di decidere se la quota attribuita ai congiunti debba essere versata in un'unica soluzione oppure mediante versamento periodico.

Una volta chiariti i profili applicativi della legge in oggetto, resta da chiedersi quanto frequente sia stata in concreto la sua applicazione.

tor (administrator cum testamento annexo). DE FRANCHIS, *Law Dictionary*, Milano, 1984, p. 1136.

²⁶¹ Tale flessibilità che in termini processuali significa anche incertezza segna un netto distacco rispetto al meccanismo della successione necessaria, operante nel sistema italiano.

Secondo un dato statistico riportato da Crane²⁶², tra il 1938²⁶³ ed il 1952 si sarebbero registrate poco più di duemila domande giudiziali, dunque circa centotanta all'anno per tutta l'Inghilterra: il dato dimostra chiaramente come alla portata apparentemente dirompente del rimedio non sia seguita un'applicazione di pari rilievo.

Pertanto la legge non si è dimostrata capace di intaccare, né tantomeno sovvertire il principio cardine della *freedom of testation*.

Per queste ragioni la dottrina²⁶⁴ ha in prevalenza negato che le disposizioni contenute nella legge inglese citata siano assimilabili alle ipotesi di riserva previste nel sistema italiano.

Gli elementi discretivi sarebbero appunto la grande discrezionalità riconosciuta alle corti inglesi²⁶⁵ e l'ampio elenco di condizioni nelle quali il richiedente deve trovarsi per ottenere appunto il rimedio.

In particolare²⁶⁶, è necessario che le corti valutino se il richiedente ha o potrà avere in futuro la capacità di sostentarsi, quali obblighi aveva il testatore nei confronti del ricorrente e se si sia dato seguito a questi obblighi ad esempio mediante una disposizione a favore di un parente del ricorrente, il patrimonio del *de cuius*, ogni eventuale *handicap* fisico o mentale del ricorrente, la condotta del ricorrente verso il disponente, l'età, la durata del matrimonio, l'apporto del ricorrente al benessere della famiglia del disponente²⁶⁷.

Una tale conclusione (nel senso della negazione dell'esistenza della successione necessaria nel sistema inglese) viene formulata anche dalla *Law Commis-*

²⁶² CRANE, *Family provision on death in English Law*, 35 N.Y.U. *Law Review* (1960), 995.

²⁶³ anno di introduzione del primo *Inheritance Act*.

²⁶⁴ si legga MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese: fondamento e sistema*, Padova, 1995, pp. 444 ss.

²⁶⁵ MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese: fondamento e sistema*, Padova, 1995, pp. 445 ss.

²⁶⁶ Come si vedrà in seguito nell'ambito della trattazione dettagliata della legge del 1975.

²⁶⁷ MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese: fondamento e sistema*, Padova, 1995, pp. 444 ss.; si legga anche MIRANDA, *Questioni di famiglia*, in *Vita Notarile*, 1994, III, 1460 ss.

sion nel Report n. 331²⁶⁸, dove a pagina 6 si legge: “*English law lacks the concept often referred to as forced heirship (...) That concept is alien to our legal tradition, and we note that responses to our consultation did not support any move closer to forced heirship*”²⁶⁹.

Infine, nel 2004 il *Civil Partnership Act* ha modificato la disciplina vigente, per includervi i conviventi registrati²⁷⁰.

3. *La disciplina legislativa sulla attribuzione della family provision in dettaglio*

Come si è detto, la successione contro il testamento nel sistema inglese è essenzialmente disciplinata dall'*Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* del 1975.

Fare una ricognizione dei contenuti più rilevanti della legge è opportuno sotto molteplici profili: *in primis* ciò consente di comprendere ed enucleare *ex ante* quali siano le criticità applicative attorno alle quali la giurisprudenza ha formulato degli orientamenti guida, inoltre sugli stessi punti risulterà interessante chiedersi poi se si sono delineate²⁷¹ proposte di riforma.

Infine, si indagherà se queste stesse criticità enucleate siano direttamente interessate dalle istanze di riforma della disciplina successoria inglese contenute

²⁶⁸ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011.

²⁶⁹ Per una trattazione più ampia del contenuto sostanziale del Report citato si legga in seguito.

²⁷⁰ *Civil Partnership Act* 2004, s. 71- FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, XII, pt.2, 761.

²⁷¹ Si legga al riguardo il capitolo successivo.

nel *Report* pubblicato nel mese di dicembre 2011, su impulso della *Law Commission*²⁷².

La *section 1* della legge²⁷³ indica i legittimati attivi all'esperimento dell'azione per richiedere una *provision* a carico dell'eredità del *de cuius* e contro la volontà testamentaria espressa da quest'ultimo.

²⁷² Si legga al riguardo il capitolo IV.

²⁷³ Si riporta il testo della *section 1* della legge: “(1) *Where after the commencement of this Act a person dies domiciled in England and Wales and is survived by any of the following persons:—*

(a) the wife or husband of the deceased;

(b) a former wife or former husband of the deceased who has not remarried;

[F1(ba) any person (not being a person included in paragraph (a) or (b) above) to whom subsection (1A) below applies;]

(c) a child of the deceased;

(d) any person (not being a child of the deceased) who, in the case of any marriage to which the deceased was at any time a party, was treated by the deceased as a child of the family in relation to that marriage;

(e) any person (not being a person included in the foregoing paragraphs of this subsection) who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased;

that person may apply to the court for an order under section 2 of this Act on the ground that the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant.

[F2(1A) This subsection applies to a person if the deceased died on or after 1st January 1996 and, during the whole of the period of two years ending immediately before the date when the deceased died, the person was living—

(a) in the same household as the deceased, and

(b) as the husband or wife of the deceased.]

(2) In this Act “reasonable financial provision”—

(a) in the case of an application made by virtue of subsection (1)(a) above by the husband or wife of the deceased (except where the marriage with the deceased was the subject of a decree of judicial separation and at the date of death the decree was in force and the separation was continuing), means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for a husband or wife to receive, whether or not that provision is required for his or her maintenance;

(b) in the case of any other application made by virtue of subsection (1) above, means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for the applicant to receive for his maintenance.

(3) For the purposes of subsection (1)(e) above, a person shall be treated as being maintained by the deceased, either wholly or partly, as the case may be, if the deceased, otherwise than for full valuable consideration, was making a substantial contribution in money or money's worth towards the reasonable needs of that person”.

I soggetti che hanno la facoltà di agire in giudizio sono: la moglie o il marito del /della *de cuius*, l'ex moglie o l'ex marito a condizione che non si siano risposati, i figli del *de cuius*, qualunque soggetto il quale, pur non essendo anagraficamente figlio del *de cuius*, nondimeno era trattato come tale in relazione ad un'unione matrimoniale del *de cuius* stesso, qualsiasi persona che immediatamente prima della morte del *de cuius* veniva dallo stesso mantenuta in tutto o in parte.

Quest'ultima categoria di legittimati attivi viene indicata col termine tecnico "*dependants*". Con riferimento ad essa la legge prevede alcuni requisiti necessari ai fini dell'esperibilità dell'azione.

In primo luogo, il *dependant* per potere agire in giudizio non deve aver ricevuto una *reasonable provision*, ossia una ragionevole attribuzione patrimoniale per testamento o per successione legittima o per effetto delle due chiamate a succedere considerate cumulativamente tra loro²⁷⁴.

Inoltre, un soggetto può essere considerato *dependant* del *de cuius* soltanto se il contributo da questi fornito per il suo mantenimento sia "*substantial*" e non sia sorretto da un'autonoma "*valuable consideration*"²⁷⁵.

Coerentemente, quindi non potrà essere qualificato come *dependant* il soggetto che venga mantenuto dal *de cuius* in virtù di un preciso *agreement* in tal senso²⁷⁶.

La stessa legittimazione attiva del *dependant* viene attribuita al soggetto che, nei due anni precedenti alla morte del *de cuius* fino al periodo "immediatamente"

²⁷⁴ Una prima differenza tra la *family provision* e la successione necessaria tipica del sistema italiano risiede in questo: l'operatività della *family provision* si estende anche all'ambito della successione legittima, per correggerne gli esiti ritenuti iniqui e non si limita all'ambito della successione testamentaria ed a quello degli atti di disposizione gratuita compiuti in vita dal testatore: FUSARO, *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Notariato*, 2010, V, 561.

La giurisprudenza inglese si è a lungo domandata quali fossero i criteri utili a stabilire la *reasonableness* di un determinato lascito disposto dal *de cuius* ed ha fornito alcuni parametri di cui si dirà più diffusamente in seguito

²⁷⁵ *Section 1 (3)* della citata legge del 1975.

²⁷⁶ Tali requisiti sono contenuti nella *section 1(e)* della legge del 1975.

precedente all'apertura della successione abbia vissuto nel medesimo alloggio del *de cuius*, con un ruolo paragonabile a quello di una moglie o di un marito.

Una spinosa criticità interpretativa sorge in merito all'esatto significato da attribuire all'avverbio "*immediately*" usato dalla legge, ovvero ci si chiede se esso debba essere inteso in senso letterale oppure in senso più ampio come individuazione della situazione normalmente vigente²⁷⁷ e non di quella puntualmente riferita all'istante prima del decesso del *de cuius*.

La *section 2* della legge²⁷⁸ precisa le modalità nelle quali può estrinsecarsi l'intervento dei giudici: essi possono emettere un ordine di pagamento periodico

²⁷⁷ Questa è quella che la giurisprudenza rilevante sul punto chiama "*settled pattern*". Per un approfondimento del problema si rinvia al prosieguo del presente lavoro.

²⁷⁸ Di seguito si riporta il testo della *section 2* della legge, riguardante l'emissione di *orders*:
“(1) *Subject to the provisions of this Act, where an application is made for an order under this section, the court may, if it is satisfied that the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant, make any one or more of the following orders:—*
(a) *an order for the making to the applicant out of the net estate of the deceased of such periodical payments and for such term as may be specified in the order;*
(b) *an order for the payment to the applicant out of that estate of a lump sum of such amount as may be so specified;*
(c) *an order for the transfer to the applicant of such property comprised in that estate as may be so specified;*
(d) *an order for the settlement for the benefit of the applicant of such property comprised in that estate as may be so specified;*
(e) *an order for the acquisition out of property comprised in that estate of such property as may be so specified and for the transfer of the property so acquired to the applicant or for the settlement thereof for his benefit;*
(f) *an order varying any ante-nuptial or post-nuptial settlement (including such a settlement made by will) made on the parties to a marriage to which the deceased was one of the parties, the variation being for the benefit of the surviving party to that marriage, or any child of that marriage, or any person who was treated by the deceased as a child of the family in relation to that marriage.*
(2) *An order under subsection (1)(a) above providing for the making out of the net estate of the deceased of periodical payments may provide for—*
(a) *payments of such amount as may be specified in the order,*
(b) *payments equal to the whole of the income of the net estate or of such portion thereof as may be so specified,*
(c) *payments equal to the whole of the income of such part of the net estate as the court may direct to be set aside or appropriated for the making out of the income thereof of payments under this section,*

di somme a favore del richiedente la *provision* ed a carico dell'eredità oppure possono optare per un pagamento in unica soluzione di una *lump sum*, oppure ancora per il trasferimento di un bene caduto in successione. Inoltre i giudici possono emettere un ordine volto a variare gli accordi presi in occasione del matrimonio (*ante-nuptial o post-nuptial agreement*) nell'interesse del coniuge oppure dei figli nati dal matrimonio o di quelli trattati come figli dal *de cuius* in relazione a quell'unione matrimoniale.

La corte può anche intervenire direttamente in chiave modificativa delle disposizioni testamentarie che ritiene lesive degli interessi del richiedente, allo scopo di ripristinarne la *reasonableness*.

La *section 3* della legge²⁷⁹ indica poi gli elementi che devono essere tenuti in considerazione dai giudici nell'uso della discrezionalità loro accordata nell'emissione di *orders*.

or may provide for the amount of the payments or any of them to be determined in any other way the court thinks fit.

(3)Where an order under subsection (1)(a) above provides for the making of payments of an amount specified in the order, the order may direct that such part of the net estate as may be so specified shall be set aside or appropriated for the making out of the income thereof of those payments; but no larger part of the net estate shall be so set aside or appropriated than is sufficient, at the date of the order, to produce by the income thereof the amount required for the making of those payments.

(4)An order under this section may contain such consequential and supplemental provisions as the court thinks necessary or expedient for the purpose of giving effect to the order or for the purpose of securing that the order operates fairly as between one beneficiary of the estate of the deceased and another and may, in particular, but without prejudice to the generality of this subsection—

(a)order any person who holds any property which forms part of the net estate of the deceased to make such payment or transfer such property as may be specified in the order;

(b)vary the disposition of the deceased's estate effected by the will or the law relating to intestacy, or by both the will and the law relating to intestacy, in such manner as the court thinks fair and reasonable having regard to the provisions of the order and all the circumstances of the case;

(c)confer on the trustees of any property which is the subject of an order under this section such powers as appear to the court to be necessary or expedient”.

²⁷⁹ Di seguito si riporta il testo: “*(1)Where an application is made for an order under section 2 of this Act, the court shall, in determining whether the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is such as to make reasonable financial provision for the applicant and, if the court considers that reasonable financial provision has not been made, in determining whether and in what*

manner it shall exercise its powers under that section, have regard to the following matters, that is to say—

(a) the financial resources and financial needs which the applicant has or is likely to have in the foreseeable future;

(b) the financial resources and financial needs which any other applicant for an order under section 2 of this Act has or is likely to have in the foreseeable future;

(c) the financial resources and financial needs which any beneficiary of the estate of the deceased has or is likely to have in the foreseeable future;

(d) any obligations and responsibilities which the deceased had towards any applicant for an order under the said section 2 or towards any beneficiary of the estate of the deceased;

(e) the size and nature of the net estate of the deceased;

(f) any physical or mental disability of any applicant for an order under the said section 2 or any beneficiary of the estate of the deceased;

(g) any other matter, including the conduct of the applicant or any other person, which in the circumstances of the case the court may consider relevant.

(2) Without prejudice to the generality of paragraph (g) of subsection (1) above, where an application for an order under section 2 of this Act is made by virtue of section 1(1)(a) or 1(1)(b) of this Act, the court shall, in addition to the matters specifically mentioned in paragraphs (a) to (f) of that subsection, have regard to—

(a) the age of the applicant and the duration of the marriage;

(b) the contribution made by the applicant to the welfare of the family of the deceased, including any contribution made by looking after the home or caring for the family;

and, in the case of an application by the wife or husband of the deceased, the court shall also, unless at the date of death a decree of judicial separation was in force and the separation was continuing, have regard to the provision which the applicant might reasonably have expected to receive if on the day on which the deceased died the marriage, instead of being terminated by death, had been terminated by a decree of divorce.

[F3(2A) Without prejudice to the generality of paragraph (g) of subsection (1) above, where an application for an order under section 2 of this Act is made by virtue of section 1(1)(ba) of this Act, the court shall, in addition to the matters specifically mentioned in paragraphs (a) to (f) of that subsection, have regard to—

(a) the age of the applicant and the length of the period during which the applicant lived as the husband or wife of the deceased and in the same household as the deceased;

(b) the contribution made by the applicant to the welfare of the family of the deceased, including any contribution made by looking after the home or caring for the family.]

(3) Without prejudice to the generality of paragraph (g) of subsection (1) above, where an application for an order under section 2 of this Act is made by virtue of section 1(1)(c) or 1(1)(d) of this Act, the court shall, in addition to the matters specifically mentioned in paragraphs (a) to (f) of that subsection, have regard to the manner in which the applicant was being or in which he might expect to be educated or trained, and where the application is made by virtue of section 1(1)(d) the court shall also have regard—

(a) to whether the deceased had assumed any responsibility for the applicant's maintenance and, if so, to the extent to which and the basis upon which the deceased assumed that responsibility and to the length of time for which the deceased discharged that responsibility;

(b) to whether in assuming and discharging that responsibility the deceased did so knowing that the applicant was not his own child;

(c) to the liability of any other person to maintain the applicant.

(4) Without prejudice to the generality of paragraph (g) of subsection (1) above, where an application for an order under section 2 of this Act is made by virtue of section 1(1)(e) of this

Dovranno essere presi in considerazione le risorse finanziarie ed i bisogni del richiedente, non solo quelli attuali, ma anche quelli prevedibili e futuri. Inoltre occorrerà domandarsi se vi siano altri legittimati attivi che in futuro potrebbero presumibilmente formulare una richiesta di *provision* a carico dell'eredità.

Occorrerà inoltre considerare le *obligations* e le *responsabilities* che il *de cuius* ha nei confronti del richiedente, la consistenza dell'asse ereditario, la presenza di una diversa abilità fisica o mentale del richiedente la *provision* o degli altri soggetti vicini al *de cuius* che potrebbero agire in futuro.

Infine un certo peso dovrà essere attribuito alla condotta tenuta dal richiedente nei confronti del *de cuius* mentre questi era in vita²⁸⁰.

Vi sono poi alcuni elementi che devono essere oggetto di considerazione nel caso in cui la richiesta sia formulata da un coniuge: l'età del richiedente e la durata del matrimonio, il contributo dato dal richiedente ai bisogni della famiglia mentre il *de cuius* era in vita, incluso il contributo consistente nella cura della casa, la *provision* che il coniuge si sarebbe ragionevolmente aspettato di ricevere se il matrimonio fosse terminato per una causa diversa dalla morte del coniuge²⁸¹.

Nel caso di domanda di *provision* formulata dal soggetto che, nei due anni precedenti alla morte del *de cuius* fino al periodo immediatamente precedente all'apertura della successione, abbia vissuto nel medesimo alloggio del *de cuius*, con un ruolo paragonabile a quello di una moglie o di un marito, devono essere

Act, the court shall, in addition to the matters specifically mentioned in paragraphs (a) to (f) of that subsection, have regard to the extent to which and the basis upon which the deceased assumed responsibility for the maintenance of the applicant and to the length of time for which the deceased discharged that responsibility.

(5) In considering the matters to which the court is required to have regard under this section, the court shall take into account the facts as known to the court at the date of the hearing.

(6) In considering the financial resources of any person for the purposes of this section the court shall take into account his earning capacity and in considering the financial needs of any person for the purposes of this section the court shall take into account his financial obligations and responsibilities”.

²⁸⁰ Lo studio della giurisprudenza inglese, come si vedrà in seguito, rivela come il disvalore della condotta del richiedente nei confronti del *de cuius* possa portare al rigetto della domanda di *family provision* se, nel bilanciamento con gli altri elementi risulta di una tale gravità da essere preponderante.

²⁸¹ Si tratta del criterio della cosiddetta “*divorce guideline*” di cui meglio si dirà in seguito.

considerati i seguenti parametri ulteriori: l'età del richiedente ed il periodo di durata della convivenza, il contributo dato dal richiedente al *menage* familiare, inclusa la collaborazione domestica consistente nella cura della casa e della famiglia in genere.

Invece, nel caso in cui i richiedenti siano un figlio del *de cuius* o un soggetto trattato come tale nell'ambito di un'unione matrimoniale, occorrerà avere riguardo al modo in cui egli poteva aspettarsi di essere educato²⁸²: “*the manner in which the applicant was being or in which he might expect to be educated or trained*”²⁸³.

Nel particolare caso in cui ad agire sia un soggetto trattato come figlio nell'ambito di un'unione matrimoniale che vede il *de cuius* come coniuge²⁸⁴, occorrerà domandarsi se il *de cuius* abbia assunto a meno la responsabilità del mantenimento del soggetto richiedente la *provision* e sulla base di quali ragioni abbia fatto ciò e per quale periodo di tempo si sia fatto carico di tale responsabilità, nonché se nell'assunzione di tale responsabilità vi fosse o meno consapevolezza del fatto che il “mantenuto” non fosse figlio del *de cuius*, se infine la responsabilità nel mantenere il richiedente gravasse anche su altri soggetti oppure no.

Quando invece il soggetto richiedente è un *dependant*²⁸⁵, i giudici non dovranno solo considerare i parametri precedentemente indicati, ma avere anche riguardo alle ragioni in base alle quali il *de cuius* si è assunto la responsabilità del mantenimento di un determinato soggetto ed al periodo di tempo per il quale ha fatto ciò.

La *section 3* della legge reca nella sua parte finale due considerazioni di ordine generale e cioè la precisazione che nel procedimento per la richiesta di *family provision* possono avere rilievo giuridico tutti i fatti conosciuti al momen-

²⁸² Per valutare il possibile contenuto di tale aspettativa sarà ragionevole considerare il tenore di vita della famiglia del *de cuius* prima dell'apertura della successione.

²⁸³ *Inheritance (Provision for Family and Dependants Act 1975*, s. 3(3).

²⁸⁴ Ipotesi di cui alla *section 1(1)* d della legge del 1975.

²⁸⁵ Come si è detto, con tale termine tecnico si indica il soggetto che immediatamente prima della morte del *de cuius* veniva da lui mantenuto in tutto o in parte; a tale soggetto viene conferita legittimazione attiva a chiedere la *provision* dalla *section 1(1)* e della legge del 1975.

to del giudizio ed un'indicazione sui criteri per stabilire le condizioni economiche del richiedente: esse andranno ricostruite considerando i bisogni del soggetto, la sua capacità di guadagno, nonché le obbligazioni che ha assunto su di sé e che è chiamato ad adempiere.

La *section 4* della legge²⁸⁶ si occupa invece di stabilire un termine per l'esperibilità dell'azione per la richiesta di *family provision*: il termine stabilito è di sei mesi dall'ottenimento del *grant of representation*²⁸⁷.

Come si vedrà, non sono mancate di recente proposte di riforma volte ad eliminare o dilatare tale termine.

Si noti come spesso un'azione promossa per ottenere una *family provision* immobilizzi i beni facenti parte dell'asse ereditario, ragione per la quale la *section 5* della legge del 1975²⁸⁸ prevede l'emissione di cosiddetti *interim orders*, volti a far fronte ad esigenze urgenti e non procrastinabili.

²⁸⁶ Di seguito se ne riporta il testo: “*An application for an order under section 2 of this Act shall not, except with the permission of the court, be made after the end of the period of six months from the date on which representation with respect to the estate of the deceased is first taken out*”.

²⁸⁷ Documento col quale si legittima la distribuzione dei beni ereditari.

²⁸⁸ Di seguito se ne riporta il testo: “(1) *Where on an application for an order under section 2 of this Act it appears to the court—*

(a) that the applicant is in immediate need of financial assistance, but it is not yet possible to determine what order (if any) should be made under that section; and

(b) that property forming part of the net estate of the deceased is or can be made available to meet the need of the applicant;

the court may order that, subject to such conditions or restrictions, if any, as the court may impose and to any further order of the court, there shall be paid to the applicant out of the net estate of the deceased such sum or sums and (if more than one) at such intervals as the court thinks reasonable; and the court may order that, subject to the provisions of this Act, such payments are to be made until such date as the court may specify, not being later than the date on which the court either makes an order under the said section 2 or decides not to exercise its powers under that section.

(2) Subsections (2), (3) and (4) of section 2 of this Act shall apply in relation to an order under this section as they apply in relation to an order under that section.

(3) In determining what order, if any, should be made under this section the court shall, so far as the urgency of the case admits, have regard to the same matters as those to which the court is required to have regard under section 3 of this Act.

(4) An order made under section 2 of this Act may provide that any sum paid to the applicant by virtue of this section shall be treated to such an extent and in such manner as may be provided by that order as having been paid on account of any payment provided for by that order.

Ad esempio il richiedente che versi in impellenti necessità economiche può vedersi immediatamente riconosciuta dai giudici la corresponsione di somme periodiche per far fronte alle sue primarie necessità da versare fino al momento in cui la corte deciderà nel merito se accordare o meno una *provision* al soggetto richiedente.

In ogni momento i giudici hanno la possibilità di variare il contenuto degli ordini emessi in relazione al mutamento delle circostanze. Non può sfuggire l'elevata discrezionalità accordata ai giudici sia con riferimento all'emissione degli *orders*, sia con riferimento alla possibilità di modificare gli stessi; tale discrezionalità dovrà esplicitarsi avuto riguardo a tutte le circostanze del caso.

La legittimazione ad agire per ottenere l'emissione di un *order* è riconosciuta al *personal representative* del *de cuius*, al *trustees* che ha il compito di amministrare alcuni beni presenti nell'asse, ad ogni beneficiario di beni di titolarità del *de cuius* in genere.

Resta da chiedersi quale sia in sede successoria la sorte delle *donationes mortis causa* effettuate dal *de cuius* a favore di un determinato beneficiario.

In relazione ad esse la *section 8(1)*²⁸⁹ della legge del 1975 prevede che ai fini della legge del 1975 siano trattate come parte dell'asse²⁹⁰.

²⁸⁹ "(1)Where a deceased person has in accordance with the provisions of any enactment nominated any person to receive any sum of money or other property on his death and that nomination is in force at the time of his death, that sum of money, after deducting therefrom any capital transfer tax payable in respect thereof, or that other property, to the extent of the value thereof at the date of the death of the deceased after deducting therefrom any capital transfer tax so payable, shall be treated for the purposes of this Act as part of the net estate of the deceased; but this subsection shall not render any person liable for having paid that sum or transferred that other property to the person named in the nomination in accordance with the directions given in the nomination".

²⁹⁰ In questo il sistema successorio inglese sembra condividere la concezione tipica anche del sistema italiano secondo la quale le donazioni e le liberalità disposte dal *de cuius* sono concepite come un'anticipazione sulla futura successione; se, però, nel sistema inglese le attribuzioni patrimoniali *inter vivos* disposte dal *de cuius* a titolo di liberalità devono essere semplicemente tenute in considerazione dal giudice nel valutare se il soggetto richiedente la *provision* abbia già ricevuto un'attribuzione che sembri *reasonable*, nel sistema italiano i cespiti patrimoniali donati sono oggetto di riunione fittizia e di collazione in via preliminare rispetto alla divisione ereditaria. Inoltre, il soggetto che si lamenta leso perché privato della sua quota di riserva, prima di esperire l'azione di riduzione, deve preliminarmente imputare *ex se*, salvo sia stato da ciò dispensato, le donazioni ricevute dal *de cuius* mentre questi era in vita.

La *section 9* della legge del 1975²⁹¹ affronta il problema del trattamento successorio della *joint tenancy*, ossia di quel regime proprietario caratterizzato dal fatto che più soggetti sono comproprietari di un bene, con l'intesa che alla morte di un comproprietario, la quota di sua spettanza si accrescerà agli altri e non cadrà in successione²⁹².

Di regola la *joint tenancy* è un regime proprietario secondo il quale, alla morte di un *joint tenant*, il diritto di sua spettanza non cade in successione, ma si consolida al diritto degli altri *joint tenants* che vedono, quindi, la loro quota accrescersi; in caso di richiesta di *provision* possono con un *order* derogare rispetto a tale disciplina e disporre che il diritto in *joint tenancy* sia considerato eccezionalmente parte del *net estate*²⁹³.

Dunque il trattamento giuridico degli atti di liberalità nei due sistemi è sensibilmente diverso in ragione del fatto che il sistema italiano prevede quote di riserva fisse, mentre quello inglese prevede un meccanismo attributivo della *provision* incerto nell'*an* e nel *quantum*.

²⁹¹“(1)Where a deceased person was immediately before his death beneficially entitled to a joint tenancy of any property, then, if, before the end of the period of six months from the date on which representation with respect to the estate of the deceased was first taken out, an application is made for an order under section 2 of this Act, the court for the purpose of facilitating the making of financial provision for the applicant under this Act may order that the deceased's severable share of that property, at the value thereof immediately before his death, shall, to such extent as appears to the court to be just in all the circumstances of the case, be treated for the purposes of this Act as part of the net estate of the deceased.

(2)In determining the extent to which any severable share is to be treated as part of the net estate of the deceased by virtue of an order under subsection (1) above, the court shall have regard to any capital transfer tax payable in respect of that severable share.

(3)Where an order is made under subsection (1) above, the provisions of this section shall not render any person liable for anything done by him before the order was made.

(4)For the avoidance of doubt it is hereby declared that for the purposes of this section there may be a joint tenancy of a chose in action”.

²⁹² L'effetto di consolidamento del diritto del *join tenant* deceduto a favore del *join tenant* superstite è forse paragonabile nel sistema italiano al caso in cui l'usufruttuario titolare di un diritto reale vitalizio muore ed il suo diritto non cade in successione ma si consolida con la nuda proprietà, in modo tale che il proprietario nudo diventa proprietario *tout court*. Infatti, in Italia vige il principio secondo il quale i diritti reali che rappresentano un gravame rispetto all'assolutezza del diritto di proprietà non possono avere durata massima superiore alla durata della vita di un soggetto; se l'usufrutto fosse un diritto suscettibile di essere trasmesso a causa di morte, questo principio cardine del nostro sistema sarebbe puntualmente disatteso.

Al contrario il diritto di proprietà, anche nella forma indivisa su una quota di un determinato bene è in Italia trasmissibile a causa di morte e viene dunque parificato nel trattamento giuridico successorio al diritto di proprietà su “quota divisa”.

²⁹³ Nel diritto inglese si parla di “*estate of a deceased person*” per indicare non il patrimonio ma il complesso di diritti e beni del defunto, che passano al *personal representative*. DE FRANCHIS, *Law dictionary*, Milano, 1984, p. 704.

Alla *section 10* della legge²⁹⁴, il legislatore inglese si è preoccupato di affrontare il problema dei meccanismi elusivi della disciplina sulla *provision*. In

²⁹⁴ “(1) Where an application is made to the court for an order under section 2 of this Act, the applicant may, in the proceedings on that application, apply to the court for an order under subsection (2) below.

(2) Where on an application under subsection (1) above the court is satisfied—

(a) that, less than six years before the date of the death of the deceased, the deceased with the intention of defeating an application for financial provision under this Act made a disposition, and

(b) that full valuable consideration for that disposition was not given by the person to whom or for the benefit of whom the disposition was made (in this section referred to as “the donee”) or by any other person, and

(c) that the exercise of the powers conferred by this section would facilitate the making of financial provision for the applicant under this Act,

then, subject to the provisions of this section and of sections 12 and 13 of this Act, the court may order the donee (whether or not at the date of the order he holds any interest in the property disposed of to him or for his benefit by the deceased) to provide, for the purpose of the making of that financial provision, such sum of money or other property as may be specified in the order.

(3) Where an order is made under subsection (2) above as respects any disposition made by the deceased which consisted of the payment of money to or for the benefit of the donee, the amount of any sum of money or the value of any property ordered to be provided under that subsection shall not exceed the amount of the payment made by the deceased after deducting therefrom any capital transfer tax borne by the donee in respect of that payment.

(4) Where an order is made under subsection (2) above as respects any disposition made by the deceased which consisted of the transfer of property (other than a sum of money) to or for the benefit of the donee, the amount of any sum of money or the value of any property ordered to be provided under that subsection shall not exceed the value at the date of the death of the deceased of the property disposed of by him to or for the benefit of the donee (or if that property has been disposed of by the person to whom it was transferred by the deceased, the value at the date of that disposal thereof) after deducting therefrom any capital transfer tax borne by the donee in respect of the transfer of that property by the deceased.

(5) Where an application (in this subsection referred to as “the original application”) is made for an order under subsection (2) above in relation to any disposition, then, if on an application under this subsection by the donee or by any applicant for an order under section 2 of this Act the court is satisfied—

(a) that, less than six years before the date of the death of the deceased, the deceased with the intention of defeating an application for financial provision under this Act made a disposition other than the disposition which is the subject of the original application, and

(b) that full valuable consideration for that other disposition was not given by the person to whom or for the benefit of whom that other disposition was made or by any other person, the court may exercise in relation to the person to whom or for the benefit of whom that other disposition was made the powers which the court would have had under subsection (2) above if the original application had been made in respect of that other disposition and the court had been satisfied as to the matters set out in paragraphs (a), (b) and (c) of that subsection; and where any application is made under this subsection, any reference in this section (except in subsection (2)(b)) to the donee shall include a reference to the person to whom or for the benefit of whom that other disposition was made.

particolare se nei sei anni precedenti alla morte del *de cuius*, questi ha compiuto un atto dispositivo animato dall'intento di eludere l'applicazione della disciplina prevista dalla legge del 1975, la corte può discrezionalmente ordinare al *donee* di mettere a disposizione un bene o una somma di denaro, al fine di garantire il pagamento della *provision*, che sembri opportuna.

Nel decidere come esercitare la discrezionalità accordatale la corte dovrà valutare tutte le circostanze del caso concreto, valutare se l'atto dispositivo sia o meno sorretto da una *valuable consideration*²⁹⁵ e considerare anche il comportamento del *donee* nei confronti del *de cuius*.

Come precisato dalla *section* 12 della legge²⁹⁶, l'intento elusivo che può sorreggere l'emissione di un *order* nei confronti del *donee* viene riscontrato in tutti i

(6) *In determining whether and in what manner to exercise its powers under this section, the court shall have regard to the circumstances in which any disposition was made and any valuable consideration which was given therefor, the relationship, if any, of the donee to the deceased, the conduct and financial resources of the donee and all the other circumstances of the case.*

(7) *In this section "disposition" does not include—*

(a) *any provision in a will, any such nomination as is mentioned in section 8(1) of this Act or any donatio mortis causa, or*

(b) *any appointment of property made, otherwise than by will, in the exercise of a special power of appointment,*

but, subject to these exceptions, includes any payment of money (including the payment of a premium under a policy of assurance) and any conveyance, assurance, appointment or gift of property of any description, whether made by an instrument or otherwise.

(8) *The provisions of this section do not apply to any disposition made before the commencement of this Act".*

²⁹⁵ Una *valuable consideration* deve considerarsi assente quando manca la proporzionalità tra le reciproche prestazioni.

²⁹⁶ "(1) *Where the exercise of any of the powers conferred by section 10 or 11 of this Act is conditional on the court being satisfied that a disposition or contract was made by a deceased person with the intention of defeating an application for financial provision under this Act, that condition shall be fulfilled if the court is of the opinion that, on a balance of probabilities, the intention of the deceased (though not necessarily his sole intention) in making the disposition or contract was to prevent an order for financial provision being made under this Act or to reduce the amount of the provision which might otherwise be granted by an order thereunder.*

(2) *Where an application is made under section 11 of this Act with respect to any contract made by the deceased and no valuable consideration was given or promised by any person for that contract then, notwithstanding anything in subsection (1) above, it shall be presumed, unless the contrary is shown, that the deceased made that contract with the intention of defeating an application for financial provision under this Act.*

casi in cui è probabile che l'intento del *de cuius* sotteso all'atto di liberalità compiuto o al contratto concluso sia quello di impedire l'attribuzione di una *provision* o di ridurne l'importo.

Per facilitare la ricostruzione della volontà del disponente, la legge stabilisce una presunzione e cioè prevede che ogni contratto non sorretto da *valuable consideration* debba essere considerato un atto di disposizione con intento elusivo della disciplina prevista nella legge del 1975.

La *section* 14 della legge del 1975²⁹⁷ prevede una disciplina peculiare per il caso in cui il richiedente la *provision* sia un coniuge a cui, in sede di divorzio,

(3) *Where the court makes an order under section 10 or 11 of this Act it may give such consequential directions as it thinks fit (including directions requiring the making of any payment or the transfer of any property) for giving effect to the order or for securing a fair adjustment of the rights of the persons affected thereby.*

(4) *Any power conferred on the court by the said section 10 or 11 to order the donee, in relation to any disposition or contract, to provide any sum of money or other property shall be exercisable in like manner in relation to the personal representative of the donee, and—*
(a) *any reference in section 10(4) to the disposal of property by the donee shall include a reference to disposal by the personal representative of the donee, and*
(b) *any reference in section 10(5) to an application by the donee under that subsection shall include a reference to an application by the personal representative of the donee; but the court shall not have power under the said section 10 or 11 to make an order in respect of any property forming part of the estate of the donee which has been distributed by the personal representative; and the personal representative shall not be liable for having distributed any such property before he has notice of the making of an application under the said section 10 or 11 on the ground that he ought to have taken into account the possibility that such an application would be made”.*

²⁹⁷ *“(1) Where, within twelve months from the date on which a decree of divorce or nullity of marriage has been made absolute or a decree of judicial separation has been granted, a party to the marriage dies and—*

(a) an application for a financial provision order under section 23 of the MIMatrimonial Causes Act 1973 or a property adjustment order under section 24 of that Act has not been made by the other party to that marriage, or

(b) such an application has been made but the proceedings thereon have not been determined at the time of the death of the deceased,

then, if an application for an order under section 2 of this Act is made by that other party, the court shall, notwithstanding anything in section 1 or section 3 of this Act, have power, if it thinks it just to do so, to treat that party for the purposes of that application as if the decree of divorce or nullity of marriage had not been made absolute or the decree of judicial separation had not been granted, as the case may be.

(2) This section shall not apply in relation to a decree of judicial separation unless at the date of the death of the deceased the decree was in force and the separation was continuing”.

non sia stata accordata alcuna attribuzione patrimoniale, perché la richiesta non è stata formulata oppure perché, pur essendo stata formulata, non è stata ancora accolta o non sono state ancora compiute le operazioni per la sua commisurazione.

Se il coniuge che ha ottenuto il divorzio o l'annullamento del matrimonio muore nei dodici mesi successivi alla pronuncia giudiziale, i giudici potranno discrezionalmente decidere di considerare il coniuge come ancora sposato al momento dell'apertura della successione, così da non privarlo delle tutele di cui alla legge del 1975.

Se poi la richiesta di *provision* viene formulata da un soggetto che al momento della morte del *de cuius* gode del suo mantenimento in forza di un *maintenance agreement*²⁹⁸, la corte ha la facoltà di revocare tale accordo. Nell'esercizio dei poteri conferiti in base a tale *section*, la corte dovrà opportunamente considerare tutte le circostanze presenti al momento della formulazione della richiesta di *provision* ed al momento della conclusione dell' *agreement*.

E' chiaro come la possibile emissione degli *orders* cui si è fatto sopra riferimento possa creare all'apertura della successione di un soggetto una grande incertezza rispetto alla stabilità della devoluzione dei beni ereditari secondo il testamento o le regole della successione legittima; del resto, è inverosimile pensare che il *personal representative*²⁹⁹ debba rimandare la devoluzione dei beni fino al momento in cui non possa in astratto più essere emesso alcun *order* ai sensi della legge del 1975.

²⁹⁸ Come la legge stessa precisa, "*maintenance agreement*" in questo caso indica qualsiasi accordo stipulato dal *de cuius* con un soggetto a cui è stato in passato legato da un vincolo matrimoniale, contenente prescrizioni sui rispettivi diritti e responsabilità, nonché sul mantenimento, la cura e l'educazione dei figli nati da quell'unione o comunque trattati come figli nell'ambito di quell'unione.

²⁹⁹ Sul ruolo del *personal representative* si legga la nota esplicativa nelle precedenti pagine.

Pertanto, coerentemente, la *section 20* della legge³⁰⁰ stabilisce che il *personal representative* non possa essere chiamato a rispondere per aver proceduto alla devoluzione dei beni ereditari del *de cuius*, una volta che egli, per far ciò, abbia aspettato sei mesi a partire dall'assunzione dell'incarico.

Se il *personal representative* ha motivo di ritenere che il *de cuius* abbia stipulato un determinato contratto con il preciso intento di eludere le norme sulla *provision* contenute nella legge del 1975, egli potrà attendere sei mesi decorrenti dall'assunzione dell'incarico, prima di provvedere ad adempiere all'attribuzione patrimoniale contrattualmente prevista.

Se invece, nel citato periodo di sei mesi, viene promossa un'azione per chiedere una *provision*, il *personal representative* non potrà adempiere l'obbligazione contrattualmente assunta, ma dovrà attendere l'esito del giudizio

³⁰⁰“(1)The provisions of this Act shall not render the personal representative of a deceased person liable for having distributed any part of the estate of the deceased, after the end of the period of six months from the date on which representation with respect to the estate of the deceased is first taken out, on the ground that he ought to have taken into account the possibility—
(a)that the court might permit the making of an application for an order under section 2 of this Act after the end of that period, or
(b)that, where an order has been made under the said section 2, the court might exercise in relation thereto the powers conferred on it by section 6 of this Act, but this subsection shall not prejudice any power to recover, by reason of the making of an order under this Act, any part of the estate so distributed.
(2)Where the personal representative of a deceased person pays any sum directed by an order under section 5 of this Act to be paid out of the deceased's net estate, he shall not be under any liability by reason of that estate not being sufficient to make the payment, unless at the time of making the payment he has reasonable cause to believe that the estate is not sufficient.
(3)Where a deceased person entered into a contract by which he agreed to leave by his will any sum of money or other property to any person or by which he agreed that a sum of money or other property would be paid or transferred to any person out of his estate, then, if the personal representative of the deceased has reason to believe that the deceased entered into the contract with the intention of defeating an application for financial provision under this Act, he may, notwithstanding anything in that contract, postpone the payment of that sum of money or the transfer of that property until the expiration of the period of six months from the date on which representation with respect to the estate of the deceased is first taken out or, if during that period an application is made for an order under section 2 of this Act, until the determination of the proceedings on that application”.

prima di distribuire i beni, così da accertarsi che i beni da distribuirsi non siano invece necessari per il pagamento della eventuale *provision*.

CAPITOLO IV

L'APPLICAZIONE DELLA INHERITANCE PROVISION FOR FAMILY AND DEPENDANTS ACT AD OPERA DEL FORMANTE GIURISPRUDENZIALE: LE SOLUZIONI OPERAZIONALI INDIVIDUATE DALLA CASE LAW INGLESE

Sommario: 1. I criteri per l'attribuzione patrimoniale a favore del coniuge; 2. I criteri per l'attribuzione della family provision a favore dei figli: verso il paradosso della legittimità della diseredazione del figlio virtuoso e la tutela del fannullone?; 3. La Family provision a favore dei dependants: la meritevolezza ad ottenere la provision delle "amanti" e la criticità del caso del mantenimento reciproco; 4. Il trattamento successorio delle liberalità e la presumption of satisfaction of a legacy by a portion.

1. I criteri per l'attribuzione della family provision a favore del coniuge

Nell'analisi della casistica giurisprudenziale in materia di *Family Provision* risultano opportune delle distinzioni in dipendenza del soggetto che agisce in giudizio.

Nel caso in cui sia il coniuge oppure il *civil partner* ad agire, le corti hanno elaborato alcune *guidelines* da tenere in considerazione per la quantificazione dell'attribuzione patrimoniale: età e durata del matrimonio o della *civil partnership*, contributo apportato dal ricorrente al benessere della famiglia mentre il *de cuius* era in vita.

Spesso nell'operazione di quantificazione i giudici si avvalgono della cosiddetta "*imaginary divorce guideline*"³⁰¹ e cioè considerano, secondo un giudizio ipotetico, la *provision* che il richiedente si potrebbe ragionevolmente aspettare se

³⁰¹ Detto anche criterio del "*notional divorce*"; esso rappresenta una applicazione in ambito successorio del principio di suddivisione paritetica del patrimonio accumulato dai coniugi, affermato nel celebre caso *White v White* [2001] 1AC 596; il criterio non troverà però applicazione nella successione tra conviventi, ai quali verrà così liquidato solo quanto necessario per il loro mantenimento. : FUSARO, *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Notariato*, 2010, V, 563.

il matrimonio terminasse per una sentenza di divorzio invece che per la morte del coniuge.³⁰²

Il caso *Cunliffe v. Fielden*³⁰³ ha consentito ai giudici inglesi di interrogarsi appunto sul ruolo giocato dall'elemento della durata del matrimonio, ai fini dell'accoglimento della richiesta di *provision* formulata dal coniuge.

Il *de cuius* nel caso *de quo* è un uomo disabile e facoltoso che un anno prima della sua morte si è unito in matrimonio con la sua governante.

Egli, nel suo testamento, chiama a succedergli la moglie insieme ad altri parenti, cosicchè la massa ereditaria risulta divisa in piccole quote attribuite a soggetti diversi.

La moglie agisce in giudizio, per chiedere l'attribuzione di una *provision*, ritenendo che la sua quota sia troppo esigua.

In primo grado, alla vedova viene riconosciuta una *lump sum* consistente, a titolo di *provision* ed a carico dell'eredità, ma gli altri parenti ne chiedono la riduzione presso la *Court of Appeal*.

La sentenza della *Court of Appeal* sul caso offre un'enucleazione puntuale di elementi che nel sistema inglese assumono rilievo ai fini di stabilire se una vedova abbia o meno diritto alla *provision* richiesta.

In particolare devono essere considerati i seguenti profili: le risorse finanziarie ed i bisogni che il richiedente in futuro presumibilmente avrà, i bisogni che in futuro altri parenti del *de cuius* potrebbero avere, l'ammontare dell'asse, eventuali incapacità o disabilità del richiedente, l'età del richiedente, la durata del matrimonio, il contributo dato dal richiedente alla famiglia.

Il caso *Cunliffe v. Fielden* offre anche un valido esempio di bilanciamento degli elementi sopra citati; la signora Cunliffe ha pochi mezzi economici, in passato ha fatto sempre la governante e non lavora da diversi anni, non dispone di un

³⁰² In genere il comportamento del coniuge in costanza di matrimonio non assume rilievo ai fini della commisurazione della *provision*, salvo il caso in cui tale comportamento assumerebbe rilievo ai fini del riconoscimento di una *financial provision* in un procedimento di divorzio.

³⁰³ *Cunliffe v. Fielden*, [2006] Ch. 361, [2005] EWCA Civ1508.

immobile dove vivere; d'altra parte, il matrimonio ha avuto durata davvero limitata e la signora ha contribuito ai bisogni della famiglia in modo altrettanto limitato.

Questi ultimi due fattori, risultano, infine, dirimenti ai fini della riduzione della *lump sum* riconosciuta alla vedova in primo grado.

Un problema legato alla successione di un soggetto separato che ha alimentato talvolta il ricorso alla *family provision* è costituito dal pagamento degli arretrati per il mantenimento non pagati dal soggetto deceduto.

Il caso *In Re Bidie*³⁰⁴ riguarda il caso di una vedova separata che, mentre il marito è in vita ottiene un *order* ai sensi della *Summary Jurisdiction (Married Women) Act* per il pagamento degli arretrati per il suo mantenimento ma non riesce a portare ad esecuzione l'*order* medesimo.

Il coniuge dell'attrice, il signor Francis William Bidie, dal quale l'attrice (Lily Sophia Olliver) ha ottenuto la separazione per crudeltà del marito, muore nel 1945 e nel suo testamento datato 10 febbraio 1937 non solo non prevede nulla a favore della moglie, ma nemmeno a favore dei figli da questa avuti, lasciando invece i pochi beni di sua proprietà in parti uguali ai due figli avuti da un'altra donna.

La signora Olliver agisce quindi in giudizio per ottenere il pagamento degli arretrati del mantenimento dovuto dal marito a suo favore ed a favore dei suoi figli (arretrati riferiti a ben dodici anni) a carico dell'eredità, sulla base dell'*order* ottenuto dal giudice mentre il marito era ancora in vita.

Inoltre, la signora formula anche una richiesta di *family provision* ai sensi della più volte citata legge del 1975, in ragione del fatto che il marito non aveva disposto nulla nel suo testamento né a favore della signora Olliver, né a favore di loro due figli. La richiesta di *family provision* viene però formulata più di sei me-

³⁰⁴ *In Re Bidie*, [1949] Ch. 121.

si dall'ottenimento del *grant of letters of administration*, anche se meno di sei mesi dopo l'ottenimento del *grant of probate*.

Si tratta in primo luogo di capire se il mantenimento da pagare alla moglie sia un credito di quest'ultima sottoponibile ad esecuzione nella modalità ordinaria, oppure un debito per così dire "peculiare" sottoponibile ad esecuzione soltanto nella modalità di cui al *Summary Jurisdiction (Married Women) Act* del 1987.

Nella prima ipotesi, se l'eredità è capiente il credito può trovare in essa soddisfacimento, in base alla seconda ricostruzione, invece, le vicende del credito sarebbero del tutto avulse dai profili strettamente successori.

I giudici in questo caso stabiliscono che la moglie, attrice, nonostante abbia ottenuto un *order* ai sensi del *Summary Jurisdiction (Married Women) Act* del 1895 non abbia titolo per ottenere il pagamento degli arretrati del mantenimento a carico dell'eredità del coniuge.

Gli unici strumenti esperibili per ottenere gli arretrati sono quelli previsti dalla *Summary Jurisdiction (Married Women) Act* stessa e nessuno dei rimedi ivi previsti consente di agire contro i successori del *de cuius* inadempiente rispetto alle obbligazioni di mantenimento, per ottenerne il pagamento a carico dell'eredità.

2. *I criteri per l'attribuzione della family provision a favore dei figli: verso il paradosso della legittimità della diseredazione del figlio virtuoso e la tutela del fannullone?*

Godono della tutela della legge del 1975 e quindi sono legittimati a formulare una richiesta di family provision i figli che sono già concepiti al momento della morte del *de cuius*, il figlio naturale, il figlio adottato dal *de cuius* ma non il figlio naturale che è stato in seguito adottato da altra famiglia.

Come si è detto, secondo la legge del 1938, il figlio maggiore di ventun anni e la figlia sposata non possono vantare alcun diritto sulla massa ereditaria del genitore deceduto, salvo caso in cui essi non siano in grado di provvedere a loro stessi per una disabilità fisica o mentale.

Tali limitazioni sono state eliminate nella legge del 1975, eppure la giurisprudenza sembra ancorata al principio sancito nell'*Act* del 1938: in altre parole i giudici sono molto restii nell'accordare *provisions* ai figli che si trovino astrattamente in condizione di provvedere a se stessi.

Emblematico a questo riguardo è il caso *Re Coventry del 1980*³⁰⁵ nel quale il *de cuius* muore lasciando a sé superstiti una moglie che lo ha abbandonato molti anni prima ed un figlio, che per lungo tempo si è occupato di lui, affrontando tutte le spese per le sue cure. Il figlio è un uomo di quarantasei anni che percepisce modesti guadagni come parrucchiere e le sue perdite superano le entrate. L'eredità è modesta e viene interamente devoluta alla vedova del *de cuius*, dalla quale il *de cuius* è separato da diciannove anni ma la quale, al contrariaio del figlio, non lavora e non è nemmeno nelle condizioni di trovare un impiego.

Il *de cuius* non ha lasciato testamento e, dunque, secondo le norme inglesi sulla successione legittima, è chiamata a succedergli la moglie settantaquattrenne.

Tuttavia il figlio si oppone e domanda almeno una *provision*, proprio in ragione del fatto che è stato il solo a rimanere accanto al genitore fino alla morte, mentre la madre non si è affatto occupata del marito.

Eppure la *provision* non gli viene riconosciuta, atteso che il figlio non versa in stato di bisogno e non vi è una *moral obligation* del genitore deceduto nei suoi confronti.

Tuttavia, la giurisprudenza ha enucleato anche una serie di casi in cui il figlio adulto ha buone possibilità di ottenere un'attribuzione patrimoniale: quando

³⁰⁵ *Re Coventry*, [1979] 2 All. E.R. 408, [1979] 2 W.L.R. 853.

appunto il genitore ha una *moral obligation* nei suoi confronti e quando i figli adulti sono deboli fisicamente, minorati, navigano in cattive acque o, per le circostanze più varie, hanno perso la capacità di guadagnarsi da vivere, o non avranno in futuro la capacità di mantenere le loro famiglie perché molto numerose.

Tale orientamento porta con sé un esito paradossale: un figlio che per prodigalità eccessiva si ritrovi nullatenente avrebbe, nel sistema inglese, un trattamento successorio più favorevole (in caso di richiesta giudiziale di una *provision*) rispetto ad un figlio virtuoso ed economicamente autonomo, che si ritrovi ad essere diseredato .

Roger Birch, nel suo articolo pubblicato sul *New Law Journal*³⁰⁶ prende in considerazione il caso *Snapes v. Aram and Hancocks*³⁰⁷, nel quale viene stabilito come in circostanze peculiari, un figlio con normali capacità di guadagno possa ottenere una *family provision* anche in assenza di una *moral obligation* del *de cuius* nei suoi confronti.

L'attrice ha sessantanove anni e convive con un compagno; la donna ha una modesta pensione e nessuna possibilità che le sue rendite aumentino.

I giudici della *Court of Appeal* ritengono che la donna possa ottenere una *provision* a carico dell'eredità del padre perché è presumibile che in futuro la donna si troverà in stato di bisogno.

In questo caso, l'assenza di *moral obligation* del genitore nei confronti del figlio non sembra precludere l'ottenibilità della *provision*.

La non perentorietà del presupposto della *moral obligation* (al fine di decidere sul diritto ad una *family provision*) viene ribadita nel caso *In Re Pearce*³⁰⁸, nel quale il richiedente è un autista, con moglie e cinque figli.

³⁰⁶ BIRCH, *Adult children and moral obligation*, 150 (6955), *New Law Journal* (2000), 1480-1481.

³⁰⁷ *Snapes v. Aram and Hancocks*, [1998] 2 F.L.R. 346.

³⁰⁸ *In Re Pearce*, [1998] 2 F.L.R. 705, [1998] Fam. Law 588.

Al momento dell'esperimento dell'azione, i figli sono piccoli, ma è presumibile che non appena avranno iniziato la scuola, la famiglia del richiedente si troverà in gravi difficoltà economiche.

Il giudice di primo grado stabilisce che il figlio attore abbia diritto ad ottenere la *family provision*, dal momento che ha aiutato il padre nella sua fattoria e quindi in capo al padre stesso c'è una *moral obligation* nei suoi confronti.

Ma la sentenza chiarisce che, se anche la *moral obligation* non ci fosse, la *provision* verrebbe accordata comunque, sulla base del presumibile futuro stato di bisogno del richiedente.

Nel caso *Re Abram*³⁰⁹, invece, un figlio per più di quindici anni ha lavorato nell'impresa di famiglia a retribuzione ridotta viene poi diseredato dalla madre.

La Corte nel caso in oggetto conclude ritenendo che vi siano gli estremi per il riconoscimento di una *provision*, poiché in capo alla madre sussiste una "*moral obligation*" nei confronti del figlio che si è impegnato nell'attività di famiglia, senza pretendere un'adeguata retribuzione per il lavoro prestato.

Come si è detto, la legge del 1975 indica diversi criteri per valutare se un figlio abbia o meno diritto alla *provision*³¹⁰, ma il loro bilanciamento è del tutto

³⁰⁹ *Re Abram*, [1996] 2 F.L.R. 379.

³¹⁰ Sembra utile riportare nuovamente la *section 3* della legge del 1975: "*Where an application is made for an order under section 2 of this Act, the court shall, in determining whether the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is such as to make reasonable financial provision for the applicant and, if the court considers that reasonable financial provision has not been made, in determining whether and in what manner it shall exercise its powers under that section, have regard to the following matters, that is to say—*

(a) *the financial resources and financial needs which the applicant has or is likely to have in the foreseeable future;*

(b) *the financial resources and financial needs which any other applicant for an order under section 2 of this Act has or is likely to have in the foreseeable future;*

(c) *the financial resources and financial needs which any beneficiary of the estate of the deceased has or is likely to have in the foreseeable future;*

(d) *any obligations and responsibilities which the deceased had towards any applicant for an order under the said section 2 or towards any beneficiary of the estate of the deceased;*

(e) *the size and nature of the net estate of the deceased;*

(f) *any physical or mental disability of any applicant for an order under the said section 2 or any beneficiary of the estate of the deceased;*

(g) *any other matter, including the conduct of the applicant or any other person, which in the circumstances of the case the court may consider relevant*".

rimesso alla discrezionalità dei giudici; così accade in giurisprudenza che il giudice di prime cure dia una prevalenza ad un elemento ad esempio l'assenza di una *moral obligation* del genitore nei confronti del figlio secondo alcuni giudici sarebbe dirimente e renderebbe superfluo valutare, ad esempio, le condizioni economiche del richiedente e la sua futura capacità di lavoro e di guadagno), mentre la *Court of Appeal*, realizzando un diverso bilanciamento tra gli elementi del caso, capovolga la decisione presa in primo grado.

Nel caso *Espinosa v. Bourke* del 1999³¹¹ il *de cuius* si trasferisce a vivere con i figli all'età di settantanove anni, con l'accordo che la figlia si sarebbe occupata di lui.

Così la figlia lascia il suo lavoro part-time e si occupa della cura della casa e del padre, mentre quest'ultimo paga i conti e le modifiche alla casa.

Nell'ultimo anno di vita del padre, però, la figlia si innamora di un uomo e si trasferisce a vivere in Spagna con lui, in modo tale che il padre deve essere accudito dal nipote e da un badante.

Nel suo testamento il padre, sentendo la partenza della figlia come un abbandono, lascia ogni suo bene al nipote, diseredando invece la figlia.

Quest'ultima agisce in giudizio per chiedere una *family provision*, sostenendo che il padre le abbia espressamente promesso di lasciarle i beni che questi aveva ricevuto per successione dalla moglie premorta, madre della ragazza.

In primo grado i giudici concludono che, se una "*moral obligation*" del padre nei confronti della figlia sussiste, essa deve ritenersi adempiuta per effetto del supporto economico che il padre ha fornito alla figlia.

Pertanto, secondo i giudici di prime cure, non vi sono ragioni per disattendere le volontà testamentarie del *de cuius*, in particolar modo avuto riguardo al comportamento tenuto dalla figlia nei confronti del padre.

³¹¹ *Espinosa v. Bourke*, [1999] 1 F.L.R. 747.

Contro la sentenza di primo grado la figlia propone appello, sostenendo che il rigetto della domanda di *provision* sia la conseguenza di un giudizio sommario dei giudici, che non hanno considerato, come invece sarebbero stati chiamati a fare, tutti gli elementi di cui alla *section 3* della legge del 1975.

La *Court of Appeal* muta orientamento, ritenendo appunto che i giudici di prime cure abbiano valutato dirimente nel decidere l'assenza di una *moral obligation*, senza considerare tutti gli elementi della *section 3*. Ad esempio, non sarebbero stati considerati il fatto che la figlia fosse rimasta senza lavoro per un certo periodo, che avesse una dubbia capacità di guadagno, che fosse in difficoltà economiche, nonché il fatto che il padre avesse disatteso la promessa fatta alla figlia di trasferire i beni ereditati della moglie, promessa da cui evidentemente sorgeva una *obligation*³¹².

Il caso *Ilott v. Mitson*³¹³ riguarda la vicenda di una madre che non lascia nulla per testamento alla propria figlia, preferendo devolvere le proprie sostanze a degli enti assistenziali.

La figlia, di quarantatre anni, vive con il marito ed il più piccolo dei loro cinque figli, in un appartamento preso in locazione. Tra madre e figlia non vi sono più rapporti sin da quando la figlia ha diciassette anni ed ogni successivo tentativo di riconciliazione è andato vano.

In primo grado, le *charities* beneficiarie dei lasciti della testatrice vengono condannate a pagare una *provision* a favore della figlia della *de cuius*.

La sentenza viene però impugnata da ambo le parti: da un lato, la figlia impugna la sentenza, sostenendo che la somma assegnatale sia troppo esigua, dall'altro le *charities* la impugnano contestandone in toto il contenuto ed in particolare sostenendo che i giudici siano incorsi in un *error in law*.

³¹² Il comportamento non proprio corretto della figlia nei confronti del padre, che in primo grado è stato considerato come un elemento dirimente ai fini del rigetto della domanda, potrebbe essere ascritto sotto la lettera g) della *section 3* e quindi dovrebbe essere oggetto di bilanciamento con tutti gli altri elementi di cui alla stessa *section*.

³¹³ A seguito di tale bilanciamento, il suo rilievo risulterebbe di gran lunga ridimensionato.
³¹³ *Ilott v. Mitson*, [2011] EWCA Civ. 346.

La *Court of Appeal* stabilisce che la *District Court* non sia incorsa in alcun errore di diritto e precisa che il figlio adulto del *de cuius*, per far valere il diritto alla *provision* riconosciutogli dalla legge del 1975, non debba dimostrare che il *de cuius* abbia una *moral obligation* nei suoi confronti o che siano integrate altre particolari circostanze.

Nel caso in esame, il giudice è semplicemente chiamato a stabilire se l'assenza di disposizioni a favore del figlio sia o meno irragionevole e, per condurre il ragionamento che dia risposta a tale quesito, deve effettuare un attento bilanciamento degli elementi di cui alla *section 3* della legge del 1975.

Una volta effettuato da parte della corte di prime cure questo bilanciamento ed una volta motivata l'incidenza nel bilanciamento stesso dei diversi fattori presi in considerazione, la Corte d'Appello non ha il potere di interferire e modificare l'esito del *balancing test*, fatta eccezione per l'ipotesi in cui esso si presenti come "*plainly wrong*".

Per quanto riguarda la categoria dei figli nati fuori dal matrimonio si pensi a questo paradossale profilo³¹⁴: se la relazione finisse per la morte di uno dei *partners* e non per la loro separazione volontaria, i figli si troverebbero in una posizione finanziaria migliore rispetto a quella del figlio nato all'interno del matrimonio dal momento che nel caso di coppia non sposata, il *partner* superstite non avrà diritti successori ed i figli dovranno dividere unicamente tra loro e con nessun altro i beni caduti in successione.

Ci si potrebbe chiedere se a questo differente trattamento sia sottesa una ratio oppure se si tratti semplicemente di una semplice stortura applicativa.

Quanto ai figli di genitori divorziati, si noti che gran parte di figli di genitori divorziati passano la loro infanzia con la madre e con l'uomo da questa sposato in seconde nozze e poi escono dal nucleo familiare per costruirne uno proprio.

³¹⁴ CRETNEY, *Reform of Intestacy: the best we can do?*, 111 *Law Quarterly Review* (1995), 77-99.

Se da una parte essi non hanno la possibilità di chiedere una *provision* in caso di morte del patrigno, dall'altra però, succedono alla madre in base alla legge ed in questo modo è possibile che a loro passino dei beni del patrigno, che la madre abbia in precedenza ereditato per la successione del secondo marito.

Ci si potrebbe chiedere se sia sensato inibire l'esperibilità dell'azione per chiedere la *family provision* se poi i beni hanno modo di passare comunque ai figli per altra via.

Un'istanza di riforma considerata attiene alla auspicabile diversificazione tra il caso in cui il *de cuius* abbia avuto una sola unione matrimoniale o più unioni matrimoniali.

Cretney³¹⁵ considera i sistemi che hanno provato ad introdurre una disciplina successoria *ex lege* che differenziasse l'ipotesi di soggetti sposati una sola volta da quelli sposati più volte e ne trae un'impressione di estrema complessità.

Pertanto, se la possibile riforma del sistema successorio inglese persegue un obiettivo di semplificazione, non sembrerebbe una buona idea differenziare la disciplina successoria in base al numero di matrimoni contratti.

La soluzione per questi casi sembra al contrario doversi cercare nel potere discrezionale della corte di riconoscere o meno una *reasonable share* al coniuge ed agli altri *dependants* del *de cuius*.

All'autore sembra innegabile che molti sistemi a quote successorie fisse abbiano accolto una maggiore flessibilità e discrezionalità, ma una tale disciplina presenta anche innegabili criticità, prima fra tutte l'incertezza.

L'autore si sofferma sul concetto di "*maintenance*", per sottolineare come esso non si riferisca semplicemente a quanto necessario ad un soggetto per andare avanti, ma nemmeno comprenda tutto ciò che è ragionevole o desiderabile per il benessere di un soggetto.

³¹⁵ CRETNEY, *Reform of Intestacy: the best we can do?*, 111 *Law Quarterly Review* (1995), 77-99.

Tuttavia, i figli di conviventi hanno il diritto di essere mantenuti da entrambi i genitori, di succedere *ex lege* ad entrambi e di ottenere una *financial provision* per il caso in cui il *de cuius* abbia disposto per testamento dei suoi beni e non li abbia contemplati.

Si è però anche detto che i diritti successori sopra citati sorgono a favore di figli di coppie conviventi a condizione che fossero trattati dal *de cuius* come figli della famiglia “*in relation to that marriage*”.

Alcuni giuristi inglesi³¹⁶ si domandano se i figli nel sistema inglese abbiano un trattamento successorio adeguato, differenziando tre tipologie: i figli di padre divorziato, i figli nati fuori da un matrimonio legittimo ed i figli della vedova del *de cuius*.

La prima categoria riguarda il caso di figli nati all'interno di un matrimonio e che dopo il divorzio dei genitori hanno vissuto con la madre, avendo pochi contatti con il padre e l'eventuale donna sposata da questi in seconde nozze. Questi figli si trovano ad ereditare ben poco per legge, considerata la quota di spettanza della seconda moglie e di certo non hanno titolo per ottenere poi una *provision* a carico dell'eredità della matrigna, a nulla rilevando il fatto che l'eredità di quest'ultima sarà composta anche dai beni ereditati dal marito.

I figli di primo letto in questo caso possono soltanto chiedere una *provision* a carico dell'eredità del padre, ma non sono sottratti ai requisiti canonici per l'eseribilità dell'azione ai quali si è fatto in precedenza riferimento, tra i quali vi è lo stato di bisogno.

Nel caso *In Re Jennings*³¹⁷ chi chiede la *provision* è un uomo di cinquant'anni cresciuto dall'età di quattro anni dalla madre e dal patrigno, ovvero l'uomo che quest'ultima aveva sposato in seconde nozze; dopo il divorzio dei genitori, il richiedente non ha alcun rapporto con il padre e l'unica cosa che il

³¹⁶ CRETNEY, *Reform of Intestacy: the best we can do?*, 111 *Law Quarterly Review* (1995), 77-99.

³¹⁷ *Re Jennings*, [1994] Ch 286.

padre fa per il figlio è mandargli delle modeste somme di denaro in occasione di un paio di compleanni.

Nemmeno nel suo testamento il padre biologico si ricorda del figlio, devolvendo invece in beneficenza gran parte delle proprie sostanze. La corte stabilisce che il figlio non abbia diritto ad alcuna *provision*, anche alla luce del fatto che lo stesso non sia in difficoltà economica.

Nel ragionamento giuridico che conduce alla decisione del caso di specie emerge chiaramente come la mera esistenza di un rapporto di parentela padre-figlio non sia presupposto sufficiente per ottenere la *provision*.

3. *Family provision a favore dei dependants: la meritevolezza ad ottenere la provision delle amanti e la criticità del caso del mantenimento reciproco*

Infine, l'*Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* del 1975 contempla poi tra i soggetti legittimati a chiedere una *provision* anche le persone trattate dal *de cuius* come figli ed i cosiddetti "*dependants*".

La prima categoria di soggetti legittimati attivi comprende i figli di primo letto di soggetti che successivamente hanno sposato il *de cuius*.

Per valutare la concessione dell'eventuale *provision*, i giudici devono avere riguardo al comportamento in concreto tenuto dal *de cuius* nei loro confronti.

Non sembra che la mera gentilezza, l'ospitalità o l'affetto bastino a garantire l'accoglimento di una richiesta giudiziale di *provision*.

Le corti si sono, invece, orientate nel ritenere rilevante ai fini del riconoscimento della *provision* solo un effettivo mantenimento che si sia protratto per almeno due anni precedenti la morte del *de cuius*.

La categoria dei *dependants* nella casistica giurisprudenziale si è riferita anche al caso di donne che hanno intrattenuto relazioni di lungo termine col *de cuius*, senza esserne le legittime mogli.

La scelta di legittimare questi soggetti a richiedere una *provision* porta inevitabilmente con sé un sacrificio patrimoniale per la moglie legittima del *de cuius*, ma forse affronta e risolve un problema pratico ben più frequente di quello che si pensi nella realtà sociale odierna.

Ad ogni buon conto, non sono mancate critiche rispetto al fatto che la scelta legislativa in oggetto abbia una valenza in qualche misura premiale rispetto alle relazioni extra coniugali.

Il *dependant* che voglia ottenere una *reasonable maintenance* a carico dell'eredità sarà chiamato a provare che il *de cuius* nel periodo immediatamente precedente alla morte “*was making a substantial contribution in money or money's worth towards the reasonable needs of that person*” e che “*the deceased was doing so otherwise than for full valuable consideration*”³¹⁸.

Nel caso *Malone v. Harrison*³¹⁹ il defunto Mr. Harrison è un uomo di affari di successo che lavora nel campo assicurativo. Dopo la separazione dalla moglie (dalla quale ha avuto un figlio) , va a convivere con un'altra donna ed il figlio di lei; anni dopo l'inizio di questa convivenza conosce però un'altra giovane donna molto attraente, Mavis Cynthia Malone, che fa la receptionist, guadagna poco e fa una vita modesta.

Ma per sfortuna o fortuna, fa un incidente automobilistico e le pratiche correlate ad esso sono l'occasione per conoscere Mr Harrison.

L'uomo si innamora di lei e la convince a lasciare il suo lavoro per accompagnarlo nei suoi viaggi in Africa e Spagna. Le racconta di essere divorziato ma di vivere con una domestica molto gelosa e possessiva, che ha portato suo figlio nella casa di proprietà dell'uomo in Spagna.

³¹⁸ *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, section 1(1) e.*

³¹⁹ *Malone v. Harrison* [1979] 1WLR 1353.

Harrison e Cynthia trascorrono spesso le vacanze insieme a Malta, dove i due vengono da tutti considerati come una coppia di coniugi.

Le procura un impiego fittizio presso una delle sue società, le compra una macchina, un appartamento a Malta ed uno a Londra.

Nel frattempo, l'uomo continua a vivere con l'altra donna, che cambia il suo cognome e viene da tutti riconosciuta come moglie dell'uomo, tranne che a Malta.

Dopo il primo viaggio in Africa e Spagna con Cynthia, in cui l'uomo paga tutte le spese e dà alla donna una somma da spendere per il suo diletto, tutte le spese della vita quotidiana di Cynthia vengono pagate dal signor Harrison e la donna non tornerà mai al suo lavoro.

In giudizio risulta importante approfondire la natura esatta della relazione, al fine di considerare adeguatamente tutti gli elementi indicati dalla legge per l'attribuzione della *family provision* : emerge come l'aspetto sessuale non sia il principale della loro relazione; quando è in Inghilterra il signor Harrison si reca spesso nel tardo pomeriggio nell'appartamento che ha regalato a Cynthia per rilassarsi, parlare di lavoro o altri argomenti, la chiama tre o quattro volte al giorno dal suo ufficio, ma solo due volte nel corso dell'intera loro relazione si ferma a dormire da lei. Spesso cenano fuori, ma Cynthia non cucina mai per lui e non si occupa della casa³²⁰. Sostanzialmente passa le sue giornate in casa ad aspettare che il signor Harrison abbia voglia di vederla o di parlarle o di portarla in viaggio.

Ciononostante, nemmeno i viaggi con la convivente ufficiale vengono meno, dal momento che il signor Harrison ha l'abitudine di fare viaggi 10 o 15 volte all'anno, alcuni per lavoro ed altri per puro piacere.

³²⁰ Questo elemento dà un'impressione di totale nullafacenza di Cynthia ma rileva giuridicamente perchè chiarisce come non si rientri affatto in un caso di *mutual dependency*: la donna riceve molto, quasi tutto quello che le è necessario per vivere dal signor Harrison, ma non fa nulla per lui. E' per così dire una *dependant* pura.

Nel frattempo Cynthia inizia a preoccuparsi del proprio futuro, scopre che il signor Harrison non ha a casa una semplice domestica, ma deduce che sia sposata ma che non abbia il coraggio di lasciare la moglie. Cynthia vuole trovarsi un lavoro, ma l'amante la rassicura che si prenderà cura di lei e le dà in gestione un salone di bellezza.

L'attività va male ed è in questa occasione che il signor Harrison racconta alla compagna ufficiale di Cynthia e della recente malriuscita dell'attività finanziaria intrapresa per aiutare l'amante.

La compagna Christina confida nel fatto che la relazione confessata sia finita e non lascia Harrison, continuando a vivere con lui.

Cynthia cerca la propria indipendenza lavorando in una trasmissione televisiva, ma il signor Harrison non è d'accordo e si arrabbia molto. La relazione da lì procede con alti e bassi, lui le regala un anello, ma lei poco dopo lo restituisce.

Dalla testimonianza del fratello del *de cuius*, sembra che nei diciotto mesi prima della morte del signor Harrison la relazione abbia avuto un "raffreddamento" e che l'uomo cerchi in qualche modo di liberarsi dell'amante³²¹.

In una lettera ad un collega maltese, l'uomo scrive che è stato molto bene con Cynthia, ma ora preferisce stare da solo; poco tempo dopo l'invio di questa lettera, l'uomo inizia a soffrire della malattia che lo condurrà alla morte.

In uno degli ultimi suoi viaggi a Malta, Mr Harrison scrive a Cynthia "*It isn't the same alone*"³²².

Ancora in una lettera del 1969, Mr Harrison scrive: "*Wish I could give you all you deserve. I say to you you will have happiness and contentment with security forever*"³²³.

³²¹ "*It has been suggested, in particular by Miss Berber, who knew something of their relationship, that there was at least a "cooling off" in the last 18 months before Arthur Harrison's death. Raymond Harrison, the deceased's brother, in his affidavit said how it seemed to him that for some time before his death the deceased tried to get rid of the plaintiff*". *Malone v. Harrison* [1979] 1WLR 1358.

³²² *Malone v. Harrison* [1979] 1WLR 1358.

³²³ *Malone v. Harrison* [1979] 1WLR 1358.

Cynthia sostiene che il *de cuius*, prima di entrare in ospedale, pensando che gli restasse ancora da vivere, le abbia telefonato per dirle che aveva intenzione di vendere tutte le sue proprietà , per poi ricomprarle a suo nome.

Sfortunatamente, Mr Harrison muore soli ventidue giorni dopo il ricovero in ospedale.

Mentre è in ospedale Harrison non vuole assolutamente ricevere visite di Cynthia, chiede inoltre di tenerla lontano dai suoi familiari e di fare in modo che non vada al suo funerale.

L'uomo avvisa espressamente l'amante che non la contemplerà nel suo testamento, ma le dice anche che le lascerà un documento con tutte le informazioni per agire ai sensi della legge del 1975 ed ottenere una *provision*.

All'apertura della successione dell'uomo, la donna risulta aver ricevuto dal suo amante una consistente somma annuale in denaro, oltre alla macchina e ai due appartamenti. Il testamento beneficia invece l'ex moglie, la nuova compagna, il figlio di lei ed il fratello del testatore.

L'amante, non accontentandosi, agisce in giudizio.

I giudici di prime cure valutano che la donna, che al momento dell'azione ha trentotto anni, ha un'aspettativa di vita lunga e, pertanto, ritengono subito che la modalità di pagamento di un'eventuale *provision* più adatta al caso di specie sia quella del pagamento in unica soluzione ed a carico del fratello, non certo dell'ex moglie o della compagna ufficiale del *de cuius*. Resta da chiedersi se la donna abbia diritto a qualcosa e, se sì, a quanto.

Al caso di specie sembra applicabile la *section 1(1) (e)* della legge del 1975, che annovera tra i legittimati attivi a chiedere la *provision* “*any person who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased*”.

La *subsection 4* della *section 1* chiarisce come i giudici debbano considerare “*the extent to which and the basis upon which the deceased assumed responsibil-*

ity for the maintenance of the applicant and to the length of time for which the deceased discharged that responsibility”.

Inoltre, per la soluzione del caso devono essere tenuti in considerazione le ultime due *subsections* della *section 3* della legge: “(5) *In considering the matters to which the Court is required to have regard under this section, the court shall take into account the facts as known to the court at the date of the hearing. (6) In considering the financial resources of any person for the purposes of this section the court shall take into account his earning capacity and in considering the financial needs of any person for the purposes of this section the court shall take into account those financial obligations and responsibilities”.*

Nel caso in esame, è pacifico che il *de cuius* si sia assunto la *full responsibility* del mantenimento dell’amante.

La capacità di guadagno della donna è piuttosto modesta, anche in relazione ai suoi studi limitati ed al fatto che per dodici anni non ha lavorato ed è stata mantenuta.

Ora ha le spese di una casa da sostenere, è vero che ha ricevuto molto denaro contante dal *de cuius*, ma è anche vero che l’ha speso tutto ed ora non sa come affrontare gli anni a venire; deve inoltre considerarsi, nel ricostruire la volontà del *de cuius*, che egli avrebbe voluto fare il necessario per consentirle di vivere dignitosamente per gli anni a venire, ma probabilmente non ne ha avuto il tempo³²⁴. In questo senso è possibile sostenere che il *de cuius* non abbia disposto a favore di Cynthia una *reasonable financial provision*.

Per questo i giudici decidono di riconoscere a Cynthia la *provision*.

I giudici si chiedono anche se sia il caso che la casa della donna sia costituita in *trust*, così che alla sua morte possa essere attribuita ad uno degli altri bene-

³²⁴ Si legge in *Malone v. Harrison* [1979] 1WLR 1365: “Finally, it is section 3(4), to which I have referred more than once, which in my judgement ought to play a major part in affecting my decision. The deceased assumed full responsibility for the plaintiff’s maintenance during his lifetime for some 12 years, and, I find, on the basis that he would not live her unprovided for in case of his death, though not under his will”.

ficiari nominati nel testamento del signor Harrison, ma i giudici ritengono che tutti i familiari del signor Harrison abbiano già ricevuto abbastanza.

Se nel caso appena analizzato il mantenimento è prettamente unilaterale e la *dependant* non fornisce alcun contributo nella vita di coppia, né economico, né ad esempio consistente nella cura della casa, potrebbe anche porsi il caso in cui il *de cuius* e la sua ipotetica amante o convivente abbiano provveduto l'uno ai bisogni dell'altro vicendevolmente.

L'amante o convivente allora potrà essere considerata *dependant* solo nella misura in cui la partecipazione economica del defunto ai suoi bisogni sia maggiore di quella della compagna medesima ai bisogni del *de cuius*³²⁵.

Se è vero che la *provision* viene commisurata sulla base dello stile di vita che il *de cuius* con i propri mezzi garantiva al *dependant*, è pure vero che qualsiasi pretesa del richiedente cade se quest'ultimo con i propri mezzi sia in grado di mantenere lo stesso tenore di vita che prima conduceva solo grazie alla generosità del *de cuius*.

Anche in questo caso, la solidità economica dell'attore sembra limitare la sua possibilità di ottenere una *provision*.

Il caso *Beaumont (Deceased) Re*³²⁶ riguarda la successione di una donna che ha convissuto con un uomo dal 1940 al 1976; dopo aver cessato le rispettive attività lavorative, vivono ognuno della sua pensione. Essi vivono in un bungalow di proprietà del *de cuius*, la donna paga un corrispettivo periodico per l'alloggio e contribuisce alla spesa settimanale per il sostentamento della coppia.

Nel 1976 la donna muore non disponendo nulla a favore del compagno nel suo testamento ed il compagno formula una richiesta di *financial provision*.

Perché la richiesta di *family provision* sia fondata, l'attore deve dimostrare ai sensi della legge del 1975 di aver ricevuto una “*substantial contribution*” da parte del *de cuius* rispetto ai suoi bisogni materiali.

³²⁵ *Re Beaumont*, [1980] Ch 444.

³²⁶ *Re Beaumont*, [1980] Ch 444.

Nel caso di specie, la richiesta dell'attore viene respinta dai giudici perché egli non si rivela in grado di dimostrare che la *de cuius* sia stata sostanzialmente responsabile del suo mantenimento, ma pone soltanto in luce una situazione di normale convivenza, con conseguente condivisione di oneri e spese quotidiane.

Il caso *Viner (Deceased) Re*³²⁷ riguarda il caso di una signora di circa settant'anni che chiede la corresponsione di una *financial provision* a carico dell'eredità del fratello³²⁸.

La signora è rimasta vedova un anno prima della morte del fratello e versa in condizioni economiche particolarmente critiche.

Su sollecitazione dell'altra sorella, l'uomo si persuade a contribuire al mantenimento della sorella in difficoltà e così le versa una somma mensile per sei mesi, finché muore nell'aprile del 1976.

Nel suo testamento il fratello, la cui moglie è premorta non lascia nulla a favore della sorella in difficoltà economiche, ma prevede soltanto un lascito cospicuo a favore dell'altra sorella che invece è benestante ed è stata direttrice nella compagnia del testatore.

La sorella non beneficiata agisce in giudizio ai sensi della *section* 1(1) e della legge del 1975, che riconosce legittimazione attiva a chiedere la *family provision* a qualsiasi soggetto il quale, immediatamente prima della morte del *de cuius*, sia stato mantenuto dallo stesso in tutto o in parte³²⁹.

I giudici, in sede decisoria, realizzano un contemperamento tra le esigenze economiche dell'attrice ed il rispetto della volontà espressa dal testatore nel suo testamento: alla luce del fatto che il testatore non ha intenzione di lasciare alla sorella alcunchè, la somma che la sorella percepisce dal *de cuius* prima della

³²⁷ *Viner (Deceased) Re*, [1978] C.L.Y. 3091.

³²⁸ Si noti come in Italia i fratelli e le sorelle del *de cuius* non siano annoverati tra i legittimari.

³²⁹ *Any person (not being a person included in the foregoing paragraphs of this subsection) who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased.*

morte di quest'ultimo non potrà continuare ad essere corrisposta in egual misura, ma dovrà essere verosimilmente ridotta³³⁰.

Il caso *Gully v. Dix*³³¹ del 2004 riguarda la vicenda di una coppia che ha convissuto come moglie e marito per diversi anni; alla morte del compagno, la donna agisce in giudizio per ottenere una *provision*, sostenendo che il compagno, prima di morire la mantenesse³³².

La coppia convive per ben ventisette anni, si separa per qualche tempo, ma ogni volta la donna torna sempre a vivere con il *de cuius*.

In un'occasione il *de cuius* minaccia però la donna di morte e così quest'ultima si trasferisce presso la figlia.

Il *de cuius* muore tre mesi dopo questo episodio.

Il fratello del *de cuius* agisce in giudizio sostenendo che il fatto che il *de cuius* e l'attrice non abbiano interrottamente convissuto nei due anni precedenti la morte del soggetto valga a privare di fondamento la pretesa della compagna³³³.

Tuttavia nel caso in oggetto, i giudici hanno modo per chiarire che il concetto di "*living in the same household*" utilizzato nella legge del 1975 non debba essere inteso in senso letterale, nella sola sua restrittiva accezione di compresenza fisica sotto lo stesso tetto, ma indica piuttosto una pubblica e privata consapevolezza che tra due soggetti vi siano reciproco aiuto, collaborazione e protezione.

Per la coppia del caso *Gully v. Dix* questi sentimenti non erano affatto venuti meno e la separazione era soltanto transitoria.

³³⁰ Nel ragionamento dei giudici nel caso di specie si può notare quale ruolo giochi il principio di *testamentary freedom* nell'operazione di bilanciamento tra interessi confliggenti

³³¹ *Gully v. Dix*, [2004] EWCA Civ. 39.

³³² Il mantenimento è il requisito previsto dalla *section 1* della legge del 1975 per la formulazione della richiesta di *family provision*.

³³³ Il rilievo formulato dal fratello si basa sull'*section 1 (1A)* della legge del 1975, che recita testualmente: "*This subsection applies to a person if the deceased died on or after 1st January 1996 and, during the whole of the period of two years ending immediately before the date when the deceased died, the person was living—*

(a) in the same household as the deceased, and

(b) as the husband or wife of the deceased.

Sembra che l'espressione "*the whole of the period*" non ammetta soluzione di continuità nel rapporto di convivenza, al fine di legittimare il compagno o la compagna a chiedere la *provision*.

La legge, ai fini del riconoscimento della *family provision* alla compagna del *de cuius* richiede, poi, come si è detto, che la donna goda in tutto o in parte del mantenimento del compagno “*immediately before the death of the deceased*”.

Anche questo requisito, a parere dei giudici, non deve essere inteso letteralmente ma si deve aver riguardo alla situazione consolidata e non ad uno stato di cose momentaneo.

E’ evidente che, nel caso in esame, nel momento immediatamente precedente la morte del compagno, non si possa dire che la donna sia da lui mantenuta perchè si è trasferita dalla figlia, ma se questa non sembra la “*settled situation*” se le risultanze processuali dimostrano che si tratta di uno stato di cose momentaneo, non rileva ai fini preclusivi della richiesta di *family provision*³³⁴.

Il caso *Baynes v. Hedger*³³⁵ del 2009 riguarda una richiesta di *provision* formulata nei confronti di una madrina (Mary Spencer Watson o M.) da parte della sua figlioccia (Henriette Baynes o Hetty o di seguito H.) e della madre di quest’ultima (Margot Baynes o di seguito B.).

La *de cuius* appartiene ad una famiglia inglese particolarmente facoltosa ed è la figlia dell’artista George Spencer Watson, dal quale ha ereditato la tenuta nota come Dunshay Manor Estate, costituita da un immobile risalente al 1640, *cottages* e boschi estesi per un’area di complessivi 40 acri.

La madrina e la mamma della figlioccia (Margot Baynes o di seguito B.) hanno per anni una relazione molto stretta e sono conosciute dalle persone a loro più vicine per essere una coppia.

La madrina ha avuto un ruolo molto rilevante nell’educazione dei figli di B., dei quali H. è la più piccola.

³³⁴ “*The settled state of affairs during G’s relationship with the deceased brought G within s.1(1) (e) since her three-month absence was an abnormal situation and not the “settled situation”, Gully v. Dix [2004] EWCA Civ. 39.*

³³⁵ *Baynes v. Hedger*, [2008] 3 FCR 151.

M. dispone per testamento un lascito a favore della figlioccia, alcuni altri lasciti di più modesto valore a favore di amici, ma lascia il bene principale del compendio ereditario (il *Dunshay Manor Estate*) al *Landmark Trust*.

M. costituisce un *trust* perché possa essere di supporto per i futuri bisogni di B., alla quale verrà pagata periodicamente una rendita, con *reversion* a favore dei suoi quattro figli, esclusa Hetty, che è già stata beneficiata con attribuzioni patrimoniali *inter vivos*.

Infatti, M. ha fatto diversi doni ad H. durante la sua vita, tra i quali un appartamento a Londra, in Abington Villas. Tuttavia H., che tenta di seguire la carriera di attrice con modesti risultati economici, continua a chiedere del denaro ad M., dalla quale ha del resto già ricevuto molto.

Nel 1992 Hetty sposa il regista Ken Russel, dal quale ha un figlio, ma il matrimonio non dura.

Anche nel periodo della separazione di Hetty, l'aiuto economico della madrina si rivela fondamentale.

Dal momento che Hetty anche nel corso degli anni successivi sembra non voler affatto fare a meno dell'aiuto economico di M., le due donne concludono un vero e proprio accordo in base al quale M., d'accordo con la figlioccia, sospenderà qualsiasi forma di supporto economico a favore di quest'ultima.

Nel corso del giudizio Hetty si rivela, però, alquanto elusiva sul contenuto dell'incontro nell'ambito del quale l'accordo con la madrina viene concluso; contrariamente a quanto riferito da un testimone presente all'incontro, dice di non ricordare di aver stretto la mano ad M. per suggellare alcun accordo, ma casomai per salutarla prima di andarsene ed ammette solo genericamente che in quell'occasione la madrina le abbia detto dell'intenzione di non fornirle più il suo aiuto in futuro.

Ad ogni modo, nonostante tale supposto *agreement*, Hetty continua a ricevere l'aiuto della madrina anche nel 2004, ma stavolta le due donne convengono che le somme vengano restituite da Hetty con gli interessi dovuti.

Nel 2005, poi, Hetty si rivolge alla madrina pregandola di occuparsi ancora di Lei come una madre e secondo quanto riferito da un testimone, tenta di persuadere M. a cambiare il suo testamento in senso per lei più favorevole “*and did so in forceful terms*”³³⁶.

Nel 2006 Hetty chiede nuovamente aiuto ad M. ma a questo punto aiutare la figlioccia per M. significa privare il *Landmark trust* del bene che la testatrice ha ad esso destinato.

La richiesta di aiuto di Hetty è tutt’altro che timida, ma anzi la donna nel suo diario giornaliero descrive il comportamento di M. nel negarle il supporto economico richiesto come “*selfish+childish+cruel+abusive*” ed afferma con una certa prepotenza che M. dovrebbe assumersi la responsabilità del suo mantenimento³³⁷.

Alla fine M. si convince ad aiutare Hetty anche in questo caso, ma non avrà il tempo di farlo, perché la mattina in cui è previsto un incontro con la figlioccia e gli avvocati, la donna viene ricoverata in ospedale e muore il giorno stesso³³⁸.

Alla morte di M. , B. si rivolge ai giudici, sostenendo di avere pieno titolo per ottenere una *provision* per aver convissuto con M. nei due anni precedenti alla sua morte e per essere dalla stessa mantenuta in tutto o in parte.

B. adduce un particolare bisogno di tale *provision* in ragione del fatto che nel 2000 le è stato diagnosticato l’Alzheimer e le sue condizioni di salute da allora sono inesorabilmente peggiorate.

³³⁶ *Baynes v. Hedger*, [2008] 3 FCR 151.

³³⁷ La sentenza riporta anche questo particolare del diario di Hetty, apparentemente insignificante sotto il profilo giuridico, ma in realtà avente un certo rilievo, dal momento che, come si è detto uno degli elementi da considerarsi nel decidere della fondatezza della domanda di *family provision* formulata è il comportamento del richiedente nei confronti del *de cuius*.

³³⁸ Nella *introduction* della sentenza della *Court of Appeal* sul caso in esame, viene riportata una testimonianza sugli ultimi momenti di vita di M. , dalla quale si evince come l’ultimo pensiero della donna agonizzante fosse andato proprio alla a dir poco pretensiva figlioccia Hetty ed alla necessità di lasciare l’ospedale per recarsi all’incontro con lei, per fare quanto necessario a pagare i suoi debiti e sollevarla dalle difficoltà: “*Mary took off her oxygen mask and said: “I can’t be doing with this, I’ve got to get up. I’ve an important meeting this morning, I have to make sure Hetty is settled, looked after, that she has what she needs from the estate. I’ve got to get it sorted”* *Baynes v. Hedger* [2008] 3 FCR 151.

H., invece, pretende di essere qualificata come *dependant* di M. e fonda la sua pretesa di ottenere la *family provision* sul fatto di non aver ricevuto per testamento un lascito che sembri *reasonable*, nonché di essere stata in tutto o almeno in parte mantenuta dalla *de cuius* nel periodo immediatamente precedente alla morte di quest'ultima³³⁹.

E' pur vero che nel periodo immediatamente precedente la morte di M. non vi sono state attribuzioni patrimoniali a favore di Hetty, ma la giurisprudenza inglese è unanime nel ritenere che l'espressione "*immediately before the death of the deceased*"³⁴⁰ non debba essere intesa in senso letterale.

Così, ad esempio, la richiesta di una *provision* non potrà essere rigettata per il semplice fatto che i pagamenti siano cessati nella fase terminale della malattia del *de cuius*.

Infine, Hetty sostiene che M. si sia assunta la responsabilità del suo mantenimento, come la *section 3(4)* della legge del 1975 richiede al fine dell'accoglimento della domanda formulata dal *dependant*³⁴¹.

³³⁹ Per chiarezza è bene precisare che il fondamento normativo delle domande delle due attrici non è il medesimo: infatti, la richiesta di *family provision* di H. si basa sulla *section 1 (1) (e)* della legge del 1975 che individua come legittimato attivo all'esperimento dell'azione per chiedere la *family provision* "*any person (not being a person included in the foregoing paragraphs of this subsection) who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased*".

La *subsection 1(3)* prevede poi il criterio del sostanziale contributo (*substantial contribution*) nel mantenimento dell'attore al fine di poter accogliere la sua richiesta di *provision*: "*For the purposes of subsection 1(e) a person shall be treated as being maintained by the deceased, either wholly or or partly, as the case may be, if the deceased, otherwise than for full valuable consideration, was making a substantial contribution in money or money's worth towards the reasonable needs of that person*".

La domanda di B. si basa invece sulla *section 1, subsection(1A)* della legge del 1975, nella quale si legge "*This subsection applies to a person if the deceased died on or after 1st January 1996 and, during the whole of the period of two years ending immediately before the date when the deceased died, the person was living (a) in the same household as the deceased, and (b) as the husband or wife of the deceased*".

³⁴⁰ L'espressione è utilizzata nella sopra riportata *section 1, subsection (1A)* della legge del 1975.

³⁴¹ "*Without prejudice to the generality of paragraph (g) of subsection (1) above, where an application for an order under section 2 of this Act is made by virtue of section 1(1)(e) of this Act, the court shall, in addition to the matters specifically mentioned in paragraphs (a) to (f) of that subsection, have regard to the extent to which and the basis upon which the deceased assumed responsibility for the maintenance of the applicant and to the length of time for which the deceased discharged that responsibility*".

Dal momento che Hetty è stata mantenuta da M. nel momento precedente la morte di quest'ultima, a parere dei giudici, si presume che M. si sia assunta la responsabilità del mantenimento della figlioccia, ma tale *presumption* può essere superata da prove contrarie.

Peraltro, i giudici non sono chiamati a valutare soltanto il dato obiettivo dell'assunzione di responsabilità nel mantenimento, ma devono considerare, ai sensi della *section 3(4)* della legge del 1975, anche “*the extent of the assumption of responsibility and the basis on which responsibility was assumed*”³⁴².

Nel caso di specie, i difensori di Hetty qualificano le attribuzioni patrimoniali fatte alla loro assistita come *gifts*, oppure come “*soft loans*”, cioè come prestiti di denaro senza interessi, che le parti fanno non daranno mai luogo ad una procedura esecutiva in caso di mancata restituzione e nei quali, anzi, il creditore M. non si aspetta affatto che Hetty restituisca alcunché³⁴³.

Pertanto, secondo tale ricostruzione, questi *gifts* o *soft loans* rivelerebbero un chiaro intento della *de cuius* di assumersi la responsabilità del mantenimento di Hetty.

Al contrario, la controparte sostiene che le attribuzioni di denaro costituiscono veri e propri prestiti –seppur in qualche misura agevolati– con precise modalità di restituzione pattuite e quindi non rivelano alcuna *assumption of responsibility* da parte di M. nei confronti del mantenimento di Hetty.

Anche l'impegno preso da M. nel 2005 di pagare il mutuo di Hetty è limitato ad un periodo di sei mesi; la limitatezza nel tempo dell'impegno assunto sarebbe un chiaro indice volto ad escludere una *assumption of responsibility* intesa in senso più ampio.

³⁴² Si veda la precedente nota.

³⁴³ *Baynes v. Hedger*, [2008] 3 FCR 151.

Inoltre M. non ha mai espresso la sua volontà di mantenere la figlioccia in tutto e per tutto, ma solo di darle una mano nel pagamento dei debiti; anche questo rilievo propenderebbe per l'esclusione di una *assumption of responsibility*.

Emblematica è a tale riguardo un'annotazione fatta da M. su una lettera del suo consulente legale, annotazione che viene riportata nella sentenza della *Court of Appeal* proprio per la sua rilevanza nella ricostruzione della volontà della *de cuius*: “*Hetty says if she can be freed from her debts she can maintain herself by her career and Russell maintains his son. I do not want her to feel she is supported by me or to feel that there is money for that purpose*”.

Il fatto che Hetty nel 2005, quando nel suo diario stigmatizza il comportamento di M. come “*selfish+childish+cruel+abusive*”, afferma anche che M. dovrebbe assumersi le sue responsabilità nel mantenerla, è un chiaro segno che M. non lo stia facendo e che Hetty ne sia ben consapevole e scontenta.

Sulla base di queste argomentazioni i giudici ritengono che la domanda di Hetty non sia fondata perché non vi è stata una *assumption of responsibility* per il suo mantenimento da parte di M.

Se anche tale rilievo non convincesse, comunque a parere dei giudici la domanda dovrebbe essere rigettata in ragione del fatto che, come si è detto, uno dei presupposti per l'accoglimento della domanda di Hetty è che la stessa non abbia già ricevuto dalla *de cuius* una *reasonable financial provision*.

Hetty non solo ha ricevuto attribuzioni patrimoniali che sembrano *reasonable*, ma anzi ha ricevuto somme di denaro enormi, approfittando anche con una certa prepotenza della generosità della *de cuius* e si trova ancora in difficoltà solo perché ha dissipato tutto.

Giova precisare che, come già precisato con riferimento al caso *Espinosa v. Bourke*³⁴⁴, nel considerare la fondatezza della domanda formulata da Hetty, i giudici devono considerare i numerosi elementi di cui alla *section 3* della legge

³⁴⁴ *Espinosa v. Bourke*, [1999] 1 F.L.R. 747, [1999] Fam. Law 210.

del 1975: le risorse finanziarie ed i bisogni non solo presenti, ma anche futuri e prevedibili del richiedente e persino la condotta del richiedente nei confronti del *de cuius*, alla quale fa riferimento la *section 3*, g della legge del 1975³⁴⁵.

Hetty sembra avere un bisogno estremo della *provision*, ma l'elemento del bisogno non determina di per sé assoluta meritevolezza ad ottenerla perché deve essere bilanciato con l'elemento della condotta nei confronti di M..

Nel caso di specie, i giudici ritengono che il disvalore della condotta di Hetty nei confronti della *de cuius* sia assorbente rispetto agli altri elementi di cui alla *section 3*, che invece farebbero propendere per l'attribuzione della *provision* alla richiedente.

In virtù di queste argomentazioni, la domanda di Hetty non trova accoglimento presso la *Court of Appeal*.

Con riferimento alla richiesta di B., la legge, come si è già detto, richiede che la convivenza nei due anni precedenti alla morte del *de cuius* sia continuativa ed ininterrotta, ma nel caso di specie, la vita di B. era prevalentemente localizzata a Londra, mentre quella di M. era nella *Manor House* caduta in successione.

I *defendants* sostengono che questo dato fattuale sia di per sé dirimente e sufficiente a destituire di fondamento la domanda avanzata da parte di B. Al riguardo, rifacendosi ad un ragionamento mutuato dalla precedente sentenza sul caso *Gully v. Dix* del 2004, precisano che la mancanza di coabitazione tra la *de cuius* e la sua compagna era la “*settled pattern*” e non una mera “*temporary situation*”³⁴⁶.

Peraltro, nel caso di specie la vera natura del rapporto tra B. ed M. è clandestina: nella prima fase del loro rapporto, durato cinquant'anni, condividono una camera e quindi probabilmente il loro rapporto è anche di natura sessuale, ma a partire dal 1978 iniziano a dormire in camere separate; ad ogni buon conto, resta

³⁴⁵ “*Any other matter, including the conduct of the applicant, which in the circumstances of the case the court may consider relevant*”.

³⁴⁶ *Baynes v. Hedger*, [2008] 3 FCR 151.

sempre un particolare affetto, che porta le due donne a sentirsi al telefono ogni giorno quando sono lontane.

Le persone più vicine alla coppia sospettano che tra le due donne non vi sia solo amicizia, ma con chiunque chieda loro conferma di ciò, entrambe negano, essendo persone molto riservate e gelose della propria intimità.

Questa clandestinità ha un preciso rilievo giuridico perché non consente di stabilire con chiarezza se B. conviva con M. in qualità di “*husband or wife*”, come richiesto dalla *section 1(subsection 1A)* della legge del 1975.

Quindi deve essere negata la concessione di una *provision* ai sensi di tale *section*.

Un altro problema interpretativo sollevato dalla legge riguarda l’aspetto quantitativo e cioè ci si chiede quale a quanto debba ammontare un versamento periodico di somme per essere qualificato come mantenimento a favore di un *dependant*.

Come si è detto, la *section 1* lettera “e” della legge del 1975 riconosce la possibilità di formulare richiesta di *provision* a “*any person (not being a person included in the foregoing paragraphs of this subsection) who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased*”.

Nel caso *Bishop v. Plumley*³⁴⁷ i giudici inglesi hanno fatto ricorso al parametro quantitativo della “*substantial contribution*” ed hanno inoltre stabilito come non possano essere qualificate come mantenimento le somme corrisposte ad altro titolo o, meglio, “*for full valuable consideration*”³⁴⁸.

Nel caso di specie il *de cuius* e la compagna convivono come marito e moglie per dieci anni, dal 1974 fino al 1984, anno in cui l’uomo muore.

³⁴⁷ *Bishop v. Plumley*, [1991] 1W.L.R. 582.

³⁴⁸ *Bishop v. Plumley*, [1991] 1W.L.R. 582.

Nel 1983 l'uomo acquista per successione un immobile, nel quale coabita con la compagna per tutto il suo ultimo anno di vita.

Sebbene la compagna gli sia stata molto vicina per anni e lo abbia accudito amorevolmente per il lungo tempo della malattia, il *de cuius* non la contempla nel suo testamento, il quale viene redatto in un periodo in cui la coppia si è temporaneamente separata.

In base a quel testamento chiamati alla successione sono soltanto i figli dell'uomo.

La donna, che non ha alcun bene ed abita nella stessa casa che per successione è destinata ai figli del suo compagno, agisce in giudizio per chiedere una *provision*, asserendo che nel periodo immediatamente precedente alla sua morte, il *de cuius* l'abbia mantenuta, che il contributo al suo mantenimento debba intendersi come "*substantial*" sotto il profilo quantitativo.

La richiesta di *provision* viene inizialmente respinta in base al rilievo che l'aiuto economico dato dal *de cuius* alla compagna è esattamente compensato dalle cure profuse dalla donna nei confronti del *de cuius*, con l'aggravarsi della malattia di quest'ultimo.

La *Court of Appeal*, chiamata a pronunciarsi sul caso, rileva al contrario come la cura ed il supporto morale e materiale profusi da parte della compagna nei confronti del *de cuius* siano una normale estrinsecazione di quel reciproco rapporto di solidarietà ed affetto, che è proprio di ogni coppia; di conseguenza, questa cura e questo supporto non sarebbero qualificabili come controprestazione rispetto al mantenimento prestato dal *de cuius* nei confronti della donna, o meglio, non consentirebbero di affermare che quel mantenimento sia basato su una *valuable consideration*.

Nell'ambito di una convivenza è possibile che uno dei conviventi lasci il lavoro per occuparsi della famiglia e che alla morte del compagno/a si ritrovi del tutto sprovvisto di mezzi.

La giurisprudenza si è più volte trovata a stabilire se in questi casi l'istituto della *family provision* possa o meno assolvere all'esigenza di tutela del soggetto debole.

Il caso *In Re Beaumont*³⁴⁹ del 1980 l'attore (Albert Martin) inizia una convivenza *more uxorio* con una vedova (Ethel Maud Beaumont) in un bungalow nell'Hertfordshire di proprietà della donna.

La *de cuius* si ritira dal lavoro nel 1964, iniziando a vivere di sole pensioni; l'attore invece lascia il lavoro a tempo pieno nel 1966 ed inizia a lavorare *part-time*, cosa che fa per circa dieci anni.

L'attore paga alla *de cuius* un importo fisso mensile a titolo di indennità per l'occupazione dell'alloggio e come contributo alle spese quotidiane. La *de cuius* cucina e si occupa della casa, mentre l'attore si occupa del giardino e saltuariamente di lavori di decorazione della casa, puntualmente remunerati dalla compagna.

Nonostante la stretta relazione con l'uomo, la *de cuius* nel suo testamento non dispone alcun lascito a favore del compagno, il quale agisce quindi in giudizio ai sensi della legge del 1975, sostenendo che la *de cuius* si sia assunta la responsabilità del suo mantenimento, che egli è di fatto mantenuto nel momento immediatamente precedente all'apertura della successione e che non ha ricevuto alcuna *substantial provision* da parte della compagna nel suo testamento³⁵⁰, che reca invece solo disposizioni a favore dell'esecutore testamentario e delle tre sorelle della donna.

D'altra parte, gli *executors* delle volontà testamentarie ed i soggetti identificati nel testamento come beneficiari di determinati lasciti si oppongono alla concessione di una *provision* a favore dell'uomo, adducendo alcune precise motivazioni giuridiche: in primo luogo obiettano che il contributo della *de cuius* non sia

³⁴⁹ *In Re Beaumont*, [1980] Ch. 444.

³⁵⁰ Come si è visto, questi sono i presupposti per l'esperibilità dell'azione per la richiesta della *provision* da parte del *dependant*; per un maggior approfondimento si rimanda al capitolo ricognitivo del contenuto della legge del 1975.

“*substantial*” e che di fatto non vi sia un’assunzione di responsabilità da parte della *de cuius*, riguardo al mantenimento del compagno: semplicemente, l’uomo e la donna sono vissuti insieme, facendo fronte alle quotidiane esigenze insieme.

Quindi la richiesta di *provisions* sarebbe priva di fondamento.

Secondo parte attrice, *l’assumption of responsibility* non sarebbe un presupposto necessario ai fini dell’accoglimento della domanda volta ad ottenere la *provision*, ma il giudice dovrebbe semplicemente porsi tre domande: il richiedente ha legittimazione attiva ad agire in giudizio? Il richiedente ha ricevuto già da parte del *de cuius* una *reasonable provision*? A quanto ammonta una *reasonable financial provision*?

Parte attrice sostiene inoltre che l’assunzione di responsabilità da parte della *de cuius* si presuma per il semplice fatto che il richiedente possa essere considerato un *dependant* (ovvero un legittimato attivo a chiedere la *provision* ai sensi del *paragraph* (e) della *section* 1) e poiché la *de cuius* non ha affatto dichiarato di non volersi assumere la responsabilità di mantenere il *dependant*.

Al contrario, la controparte sostiene che una richiesta di *family provision* sia inevitabilmente condannata ad essere respinta nella misura in cui l’attore non riesca a provare una “*voluntary assumption of responsibility by the deceased for the maintenance of the applicant*”³⁵¹ ossia una volontaria assunzione della responsabilità del mantenimento del richiedente da parte del *de cuius*.

A parere dei giudici, il caso di specie impone loro di interrogarsi sui rapporti tra la *section* 1 (1)(e) della legge e la *section* 1(3). La prima riconosce, come si è detto, legittimazione attiva al soggetto che immediatamente prima della morte del *de cuius* viene da lui mantenuto in tutto o in parte; la seconda, invece, stabilisce che ai fini della *section* 1 (1)(e) un soggetto deve essere considerato “mantenuto” dal *de cuius* nella misura in cui “*otherwise than for full valuable consideration*

³⁵¹*In Re Beaumont*, [1980] Ch. 444.

was making a substantial contribution...towards the reasonable needs of that person".

Occorre domandarsi se la *section* 1(3) specifica la *section* 1 (1)(e) oppure rappresenta un'ipotesi alternativa rispetto ad essa.

Letteralmente dovrebbe rappresentare un'ipotesi alternativa aggiuntiva: un soggetto potrebbe agire se mantenuto dal *de cuius* ai sensi della *section* 1 (1)(e) oppure se trattato come fosse mantenuto³⁵² ai sensi della *section* 1 (3). Si noti come, però, in base alla *section* 1(3) non è necessario il requisito temporale che il mantenimento perduri sino al momento immediatamente precedente la morte del *de cuius*.

Tuttavia, i giudici ammettono che una tale interpretazione potrebbe condurre a risultati pratici non immuni da un certa assurdità.

Si pensi al caso della morte del proprietario di una casa di cura: se applicassimo solo la *section* 1 (1)(e) avulsa dalla *section* 1(3), tutti i degenti della casa di riposo potrebbero chiedere una *provision* perché mantenuti dal *de cuius* nel momento immediatamente precedente la sua morte.

Il fatto che un tale mantenimento fosse oggetto di un'obbligazione contrattuale e sia quindi sorretto da una *valuable consideration* non basterebbe ad impedire la richiesta della *provision*, perchè il requisito della *consideration* non è indicato nella *section* 1 (1)(e) ma nella *section* 1 (e).

Un tale risultato certamente non realizza l'intento del legislatore del 1975.

Per evitarlo, i giudici propongono di leggere le due *sections* in modo combinato tra loro, in rapporto di reciproca specificazione.

In altre parole, un soggetto potrà godere del trattamento successorio di soggetto "mantenuto dal *de cuius*" solo se il *de cuius* si è fatto carico della corresponsione di una "*substantial contribution*" a suo favore, non sorretta da *valuable consideration*.

³⁵² "*Treated as being maintained*".

La sostanzialità della *contribution* andrà valutata avuto riguardo al rapporto tra il contributo fornito al *de cuius* per il mantenimento dell'attore e per la loro vita in comune ed il contributo fornito invece dall'attore.

Una criticità in questo bilanciamento è rappresentata dallo stabilire quale valore attribuire alle prestazioni non strettamente economiche e finanziarie, come ad esempio la cura della casa.

Stuart Bridges, in un articolo pubblicato nel 2000 sul *Cambridge Law Journal*³⁵³ formula alcune interessanti considerazioni sul tema dei *dependants* in relazione al problema della disabilità, a partire dal caso *Bouette v. Rose*³⁵⁴.

Louise Rose nasce con una grave disabilità fisica e mentale, a causa di un errore medico alla nascita, per il quale ottiene in giudizio un considerevole risarcimento il quale consente alla madre della ragazza, la signora Bouette, di comprare una casa in cui madre e figlia possono vivere.

La figlia muore all'età di quattordici anni ed in base alla legge inglese, la sua eredità –comprensiva del suo diritto sull'immobile acquistato e di ciò che resta del fondo in cui è stato versato il risarcimento dell'errore medico – deve essere divisa tra i due suoi genitori, sebbene il padre della *de cuius* si sia separato dalla moglie quando la bambina aveva solo otto mesi e non abbia più avuto rapporti con moglie e figlia.

La madre della ragazza agisce in giudizio per chiedere una *provision*, sostenendo di essere stata *dependant* della figlia nel momento immediatamente precedente alla sua morte³⁵⁵ e di non aver ottenuto un'attribuzione patrimoniale che sia *reasonable* in base alle norme sulla successione legittima.

La *Trial Court* rigetta la domanda, rilevando come i versamenti della *Court of Protection*, dei quali madre e figlia vivono, siano destinati al mantenimento di

³⁵³ BRIDGE, *For love or for money? Dependent carers and family provision*, 59 *Cambridge Law Journal*, (2000), 248.

³⁵⁴ *Bouette v. Rose*, [2000] Ch 662.

³⁵⁵ La madre sostiene di essere stata *dependant* della figlia in ragione del fatto che entrambe vivono grazie alle somme periodiche che la *Court of Protection* versa per il sostentamento della minore.

Louise e non di sua madre, ma la *Court of Appeal* cambia orientamento, sostenendo che contino gli effetti concreti e non l'intenzione con cui quelle somme sono state attribuite dalla *Court of Protection*.

Il caso sembra importante nella misura in cui fornisce una definizione del concetto giuridico di *dependency* particolarmente obiettiva ed ancorata ai fatti.

Il caso *Bouette v. Rose* sembra fornire una speranza di agire vittoriosamente in giudizio anche ad un'altra classe di potenziali attori: si pensi al caso delle madri che si prendono cura dei loro figli e ricevono contributi dal padre assente.

Ci si potrebbe chiedere se, attraverso questi pagamenti a favore dei figli, il padre non compia anche una "*assumption of responsibility*" nei confronti della madre, in ragione della quale quest'ultima sarebbe qualificabile su un piano pratico come *dependant* e pertanto sarebbe legittimata ad esperire un'azione volta ad ottenere una *family provision* a carico dell'eredità del padre dei suoi figli.

Se l'accezione pratica data nel caso *Bouette v. Rose* del concetto di *dependency* dovesse risultare avallata dalla successiva giurisprudenza, questa particolare classe di madri attrici potrebbe risultare vittoriosa in giudizio.

4. *Il trattamento successorio delle liberalità e la presumption of satisfaction of a legacy by a portion*

Nel sistema di *common law* inglese gli atti di liberalità compiuti dal *de cuius* mentre era ancora in vita sono considerati come un'*advancement*, ossia un'anticipazione sulla futura successione.

Coerentemente, chi abbia ricevuto dal *de cuius* una *reasonable provision* mentre questi era in vita non è legittimato ad avanzare alcuna pretesa sull'eredità ai sensi della citata legge del 1975.

Tra le anticipazioni sulla futura successione devono essere annoverati anche *trusts* e *life insurances*.

Nel trattamento delle liberalità *inter vivos* ai fini successori, la decisione dei giudici si basa sulla “*presumption of satisfaction of a legacy by a portion*”, ossia sulla presunzione che un genitore nel disporre liberalità sia stato comunque ispirato dall'intento di trattare i suoi figli equamente e di evitare *double provisions* a favore di un figlio ed a discapito degli altri.

La presunzione opera solo nell'ambito delle liberalità a favore dei figli mentre non opera a favore di soggetti estranei o che comunque non siano discendenti del disponente in linea retta.

La presunzione non opera, però, qualora emerga una chiara volontà del testatore di attribuire al figlio una *double portion*.

Significativo a tale riguardo è il caso *Casimir v. Alexander*³⁵⁶, nel quale un padre, dopo aver donato un immobile alla figlia, comunque le attribuisce una quota dei suoi beni per testamento, ponendola in una posizione successoria di privilegio rispetto agli altri figli.

Ad ogni buon conto, una volta riconosciuto ad un ricorrente il diritto ad una *reasonable financial provision* a carico dell'eredità, potrebbe darsi il caso che non vi sia *relictum* sufficiente a realizzare l'attribuzione patrimoniale, a causa di *gratuitous transfers* effettuati dal *de cuius* a favore di soggetti estranei al suo nucleo familiare.

Per questi casi è stato apprestato il rimedio dell' *anti evasion order*: in altre parole il ricorrente può chiedere alla corte di emettere un ordine nei confronti del donatario, affinché quest'ultimo provveda con denaro o altri beni al versamento della *provision*.

Nel caso in cui il donatario sia premorto, l'ordine verrà emesso nei confronti del *personal representative* del donatario medesimo perché ottemperi alla richie-

³⁵⁶ *Casimir v. Alexander*, [2001] W.T.L.R. 939.

sta di *provision* con quei beni che non sono ancora stati trasferiti ai chiamati all'eredità.

L'*order* potrà inoltre essere emesso nei confronti del *trustee*, il quale però sarà responsabile soltanto nel limite dei beni che saranno in suo possesso al momento dell'emanazione dell'*order*.

Tali rimedi conferiscono ai trasferimenti a titolo gratuito una relativa instabilità.

La definizione di *gratuitous transfers* per i quali il rimedio predetto può operare è piuttosto ampia.

Basti pensare al caso *Clifford v. Tanner*³⁵⁷ nel quale viene ritenuta un *gratuitous transfer* la rinuncia da parte di un padre al diritto di abitare insieme alla compagna nella casa che era stata precedentemente trasferita in proprietà alla figlia. Posto che il diritto oggetto della rinuncia è un *valuable right*, ossia suscettibile di valutazione economica, la Corte vi ravvisa un trasferimento patrimoniale.

Una ricostruzione dettagliata del caso consente di meglio comprendere tale sintetico ragionamento giuridico.

Il signor e la signora Clifford si sposano nel maggio del 1965, quando l'uno ha sessant'anni e l'altra quarantacinque. Entrambi sono al loro secondo matrimonio, il signor Clifford ha una figlia dal suo primo matrimonio.

Vivono insieme in una casa comprata dal signor Clifford nel 1950.

Nell'aprile del 1977 il signor Clifford redige testamento in base al quale lascia l'immobile alla figlia, disponendo però che la moglie possa vivere lì fino al momento in cui si risposerà.

Quanto ai restanti beni, essi vengono dal testatore divisi in parti uguali tra la figlia e la moglie. Nel mese di giugno del 1977, però, nonostante il signor Clifford abbia già disposto dell'immobile acquistato nel 1950 per testamento, decide di donare lo stesso alla figlia, con la clausola che la *donee* consenta al padre ed

³⁵⁷ *Clifford v. Tanner*, 1986 WL407014.

alla di lui moglie di continuare a viverci. Nel mese di giugno del 1983 il signor Clifford avanza una richiesta di divorzio dalla moglie per *unreasonable behaviour* della stessa e nel mese di luglio successivo si affretta a redigere un secondo testamento, nel quale nomina la figlia ed il marito di questa quali suoi esecutori testamentari e lascia ogni cosa alla figlia.

Sempre nel mese di luglio 1983 il signor Clifford modifica i patti contenuti nel *deed of gift* fatto a favore della figlia, eliminando la clausola secondo la quale la figlia avrebbe dovuto consentire alla signora Clifford di vivere nella casa.

Il signor Clifford muore nel settembre del 1983, lasciando a sé superstiti la figlia, la moglie e, come si può immaginare, considerevoli problemi giuridici legati alla sua successione.

Ci si chiede in particolare se la modifica dell'attribuzione patrimoniale operata in data 15 luglio 1983 costituisca o meno una *disposition* tale considerata ai sensi della *section 10* dell'*Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* del 1975³⁵⁸.

³⁵⁸ La *section 10* della legge del 1975 conferisce ai giudici una serie di poteri al fine di dare tutela al legittimato attivo alla richiesta di una *family provision* a fronte di *dispositions* effettuate dal *de cuius* nei sei anni precedenti la sua morte con l'intento specifico di frustrare in futuro appunto la richiesta di una *family provision* contro le disposizioni testamentarie.

In particolare, il paragrafo settimo della *section* si occupa di dare una definizione del concetto di *disposition*, al fine di stabilire in quali casi la tutela prevista dalla *section* possa trovare applicazione.

Sono *dispositions* rilevanti ai fini della *section 10* tutti i *gifts of property* intesi in senso ampio.

Il caso in esame fornisce un esempio di come nel concetto di *gift of property* debbano essere ricompresi tutti gli *assets of realisable value*. La eliminazione di un gravame precedentemente inserito in un *deed of gift* ha un suo valore economico apprezzabile, se si pensa che il gravame comporta un deprezzamento del bene donato e limita quindi il valore dell'attribuzione patrimoniale a favore del *donee*.

Pertanto, lo stralcio dal *deed of gift* della clausola che prevede un gravame rappresenta una *disposition* e quindi, se effettuata nel sei anni prima dell'apertura della successione del *de cuius*, dovrà essere sottoposta ad un attento vaglio, per verificare se ad essa sia sotteso un intento del *de cuius* di eludere o frustrare future richieste di *family provisions*.

Per maggior chiarezza di seguito si riporta nuovamente la citata *section 10* della legge del 1975:

10 Dispositions intended to defeat applications for financial provision.

(1) *Where an application is made to the court for an order under section 2 of this Act, the applicant may, in the proceedings on that application, apply to the court for an order under subsection (2) below.*

(2) *Where on an application under subsection (1) above the court is satisfied—*

(a)that, less than six years before the date of the death of the deceased, the deceased with the intention of defeating an application for financial provision under this Act made a disposition, and

(b)that full valuable consideration for that disposition was not given by the person to whom or for the benefit of whom the disposition was made (in this section referred to as “the donee”) or by any other person, and

(c)that the exercise of the powers conferred by this section would facilitate the making of financial provision for the applicant under this Act,

then, subject to the provisions of this section and of sections 12 and 13 of this Act, the court may order the donee (whether or not at the date of the order he holds any interest in the property disposed of to him or for his benefit by the deceased) to provide, for the purpose of the making of that financial provision, such sum of money or other property as may be specified in the order.

(3)Where an order is made under subsection (2) above as respects any disposition made by the deceased which consisted of the payment of money to or for the benefit of the donee, the amount of any sum of money or the value of any property ordered to be provided under that subsection shall not exceed the amount of the payment made by the deceased after deducting therefrom any capital transfer tax borne by the donee in respect of that payment.

(4)Where an order is made under subsection (2) above as respects any disposition made by the deceased which consisted of the transfer of property (other than a sum of money) to or for the benefit of the donee, the amount of any sum of money or the value of any property ordered to be provided under that subsection shall not exceed the value at the date of the death of the deceased of the property disposed of by him to or for the benefit of the donee (or if that property has been disposed of by the person to whom it was transferred by the deceased, the value at the date of that disposal thereof) after deducting therefrom any capital transfer tax borne by the donee in respect of the transfer of that property by the deceased.

(5)Where an application (in this subsection referred to as “the original application”) is made for an order under subsection (2) above in relation to any disposition, then, if on an application under this subsection by the donee or by any applicant for an order under section 2 of this Act the court is satisfied—

(a)that, less than six years before the date of the death of the deceased, the deceased with the intention of defeating an application for financial provision under this Act made a disposition other than the disposition which is the subject of the original application, and

(b)that full valuable consideration for that other disposition was not given by the person to whom or for the benefit of whom that other disposition was made or by any other person,

the court may exercise in relation to the person to whom or for the benefit of whom that other disposition was made the powers which the court would have had under subsection (2) above if the original application had been made in respect of that other disposition and the court had been satisfied as to the matters set out in paragraphs (a), (b) and (c) of that subsection; and where any application is made under this subsection, any reference in this section (except in subsection (2)(b)) to the donee shall include a reference to the person to whom or for the benefit of whom that other disposition was made.

(6)In determining whether and in what manner to exercise its powers under this section, the court shall have regard to the circumstances in which any disposition was made and any valuable consideration which was given therefor, the relationship, if any, of the donee to the deceased, the conduct and financial resources of the donee and all the other circumstances of the case.

(7)In this section “disposition” does not include—

(a)any provision in a will, any such nomination as is mentioned in section 8(1) of this Act or any donatio mortis causa, or

(b)any appointment of property made, otherwise than by will, in the exercise of a special power of appointment,

but, subject to these exceptions, includes any payment of money (including the payment of a premium under a policy of assurance) and any conveyance, assurance, appointment or gift of property of any description, whether made by an instrument or otherwise.

(8)The provisions of this section do not apply to any disposition made before the commencement of this Act.

Fino alla modifica dei patti del *deed of gift*, la clausola a mezzo della quale la *donee* si impegna a consentire alla signora Clifford di vivere nella casa potrebbe legittimare la signora Clifford a richiedere al giudice un *order* per ottenere la *specific performance*, con riferimento a quel patto.

Nel caso di specie il *de cuius* ha però deciso di eliminare quel patto con un negozio modificativo successivo, realizzando così un'attribuzione patrimoniale più ampia a favore della figlia *donee*.

Infatti, il contenuto del patto rappresenta un rilevante gravame nel godimento del bene da parte della figlia del *de cuius* e comporta una sensibile riduzione del valore del bene in caso di ipotetica vendita dello stesso.

L'eliminazione di quel patto, nel suo valore economico per il *donee* potrebbe persino giustificare la corresponsione di un corrispettivo da parte del soggetto destinatario dell'attribuzione patrimoniale.

Il diritto trasferito ha in altre parole un preciso valore.

Pertanto, nel caso di specie, la *disposition* con cui viene stralciato il patto dal *deed of gift* viene qualificata come *gift of property*, sebbene “*the property given in this case was of a very unusual nature*”³⁵⁹.

E' evidente come i giudici inglesi, chiamati ad individuare gli strumenti elusivi della disciplina sulla *family provision*, guardino allo scopo di un determinato atto posto in essere dal *de cuius*, piuttosto che enucleare *ex ante* una serie di schemi negoziali da considerarsi intrinsecamente elusivi della disciplina di legge.

L'instabilità dei *gratuitous transfers* conosce però un limite temporale piuttosto severo, atteso che il rimedio trova applicazione solo per le donazioni concluse nei sei anni precedenti alla morte del *de cuius*.

Inoltre, perché il trasferimento possa essere impugnato, ad esso deve essere sotteso un preciso intento del *de cuius* di eludere l'applicazione delle norme sulla *reasonable provision*.

³⁵⁹ *Clifford v. Tanner*, 1986 WL407014.

Tale requisito è soddisfatto qualora l'intenzione del testatore: “ *on the balance of probabilities was to prevent an order for financial provision being made or to reduce the amount of the provision which might otherwise be ordered*”³⁶⁰.

Un meccanismo elusivo dell'Act del 1975 potrebbe consistere nella vendita di un bene ad un prezzo manifestamente inferiore a quello di mercato.

Pertanto anche in questi casi le corti potranno emettere un ordine di pagamento della *provision* a carico del donatario.

Nel caso *Re Dawkins* del 1986³⁶¹ un soggetto muore insolvente, dopo aver venduto la sua casa alla figlia avuta da un precedente matrimonio ad un prezzo manifestamente inferiore al valore dell'immobile.

La Corte non esita a disporre un ordine di pagamento della *provision* a carico della figlia donataria ed a favore della seconda moglie del *de cuius*.

Non sembra che il donatario possa liberare se stesso da ogni responsabilità semplicemente vendendo il bene donato o spendendo il denaro ricevuto; tuttavia il giudice nell'emanare l'ordine dovrà considerare anche le risorse finanziarie del donatario e la sua solvibilità e quindi sarà rara l'emanazione di un *order* nei confronti di un donatario che disponga di scarse risorse.

Ancora nel caso *Re George's*³⁶² i giudici inglesi hanno avuto modo di chiarire come l'attribuzione di beni di diversa natura e di diverso genere non costituisca *double portion*.

Il testatore è un contadino che nel suo testamento redatto nel 1940 lascia un terzo dei suoi beni a suo figlio R., impiegato di banca e due terzi all'altro suo figlio E. che lo aiuta da sempre nelle attività agricole.

Il testamento prevede inoltre che, se entro un mese dalla morte del testatore il figlio E. avrà reso noto ai *trustees* del padre l'intento di continuare l'attività della fattoria, l'asse ereditario dovrà essere valutato ed un terzo costituirà la quo-

³⁶⁰ *Hanbury v. Hanbury* [1999] 2 F.L.R. 255.

³⁶¹ *Re Dawkins* [1986] 2 F.L.R. 360.

³⁶² *Re George's W.T.* [1949] Ch. 154.

ta di R. mentre due terzi costituiranno la quota di E., con l'obbligo però per R. di lasciare la quota ereditaria di sua spettanza investita nella fattoria per almeno i tre anni successivi all'apertura della successione.

La fattoria cade però negli anni in uno stato di degrado e così la *War Agricultural Executive Committee*, nel 1941, avvisa il testatore di lasciare la fattoria.

In seguito si raggiunge un accordo con la *Committee*, la fattoria rimane un bene del testatore e questi in seguito decide di disporre un *gift* di tutti i suoi beni (*gift of live and dead stock*) ed anche della fattoria a favore del figlio E.

Il testatore muore nel 1942 e subito si apre un contenzioso volto a stabilire se la cosiddetta "*rule against double portions*" si applichi o meno al *gift of live and dead stock* al figlio E.

Al tempo del *gift* disposto dal *de cuius* le condizioni della fattoria sono di estremo degrado, in ragione del fatto che il testatore vuole ostinatamente occuparsene da sé, sebbene col passare degli anni, non abbia più le energie a ciò necessarie. La decisione di donare la fattoria a E. matura a seguito della raccomandazione della *Committee* di riorganizzare l'attività, pena la dismissione della fattoria medesima.

Il testatore tiene a tal punto alla sua attività che acconsente rispetto alle indicazioni della *Committee*.

Al fine di poter effettivamente realizzare una riorganizzazione radicale dell'attività, devono essere messe a disposizione di E. tutte le risorse disponibili ed in questa logica deve essere inquadrato il *gift of live and dead stock*.

Si tratta di stabilire se la *rule against double portion* si applichi al caso concreto oppure se, ragionando a contrario, vi siano elementi nella fattispecie tali da escludere l'applicazione della regola in esame.

Perché la regola trovi applicazione, secondo consolidato orientamento dei giudici inglesi, devono essere integrati due presupposti: da una parte in primo luogo, il testatore nel proprio testamento, deve aver previsto la devoluzione di una *portion* a favore di un determinato beneficiario, dall'altra deve aver disposto

un *gift inter vivos* di quella *portion*. Il concetto è che, se il testatore ha attribuito per testamento ad un soggetto (nel caso tipico un figlio) quella *portion* e, dopo aver redatto testamento, dispone un *gift inter vivos* a favore dello stesso soggetto di entità corrispondente alla *portion*, non si presume che il figlio sia chiamato a ricevere dal testatore entrambe le attribuzioni patrimoniali, ma l'atto di disposizione *inter vivos* deve essere interpretato come un'anticipata realizzazione della volontà testamentaria, anticipazione che quindi avrà un carattere soddisfattivo delle pretese del figlio sui beni ereditari del testatore disponente.

Come si potrà immaginare, non tutti i *gifts* possono rappresentare una *portion* e quindi portare all'applicazione della regola, ma quest'ultima si applicherà soltanto nell'ipotesi in cui sia l'attribuzione patrimoniale disposta *inter vivos*, sia quella disposta *mortis causa* abbiano qualitativamente natura di *portion*.

Nel caso di specie non si può dubitare che l'attribuzione patrimoniale fatta ad E. per testamento rappresenti una *portion*, mentre non è possibile affermare *de plano* lo stesso con riferimento all'attribuzione patrimoniale *inter vivos*.

Ad una prima analisi un *live and dead stock gift* fatto dal padre contadino al figlio al fine di aiutarlo nell'avviamento di un'attività potrebbe essere configurabile come attribuzione di una *portion*.

Tuttavia i giudici inglesi sostengono che la regola della doppia attribuzione non operi nel caso in cui sia stato stabilito un valore monetario di corrispondenza al momento dell'atto di attribuzione patrimoniale di beni *inter vivos*³⁶³.

Nel caso di specie il *live and dead stock gift* disposto in vita rappresenta una parte dei beni che E. avrebbe ricevuto dal padre per testamento nel caso avesse deciso di continuare l'attività agricola di famiglia, quindi è possibile sostenere che le due attribuzioni patrimoniali siano *eiusdem generis* (ovvero di diverso contenuto).

³⁶³ In questo senso si esprimono i giudici inglesi nel caso *In re Jaques [1903] 1 Ch. 267*.

Tanto basterebbe ad escludere l'applicazione della *rule against double portion*.

Se anche i due lasciti non fossero qualificati come attribuzioni patrimoniali *eiusdem generis*, comunque l'applicazione della regola in oggetto sarebbe esclusa in ragione del fatto che nell'attribuzione patrimoniale *inter vivos* viene puntualmente indicato il valore monetario dei beni donati.

Inoltre, un ulteriore argomento volto ad escludere l'applicazione della regola è costituito dal fatto che potrebbe addirittura sostenersi che l'attribuzione patrimoniale operata *inter vivos* a favore di E. non sia affatto un *gift*, ma un patto inserito in una più complessa *transaction* tra padre e figlio, al fine di dividersi le *liabilities delle farms* ed ottemperare alle raccomandazioni della *War Agricultural Commitee*, per riorganizzare e salvare l'attività agricola di famiglia.

Del resto, questo ultimo argomento può essere facilmente contestato con l'osservazione che un *gift* non perde necessariamente tale qualificazione per il semplice fatto che esso comporta una *liability* collegata all'attribuzione patrimoniale e tale *liability* non consente nemmeno aprioristicamente di escludere che il *gift* rappresenti una *portion*³⁶⁴.

Del resto la qualificazione dell'attribuzione patrimoniale *inter vivos* come *gift* potrebbe essere altresì esclusa sulla base di una semplice ricostruzione della volontà negoziale del disponente, che non è mosso dall'intento di fare un regalo a E., ma piuttosto dalla preoccupazione di placare la *War Agricultural Commitee*, per salvare l'attività agricola di famiglia.

Il testatore è anzi piuttosto riluttante a cedere la gestione di un'attività che sente gelosamente sua e si determina a fare ciò solo per stretta necessità, dopo che l'ostinazione nel gestire le *farms* da solo ha portato le stesse allo stato di degrado evidenziato dalla stessa *Commitee*.

³⁶⁴ L'attribuzione di una *liability* a carico del *donee* sembra semplicemente un elemento da considerare al fine di determinare più precisamente il valore del bene donato. Questi i termini precisamente utilizzati dai giudici nel caso *In Re Vickers* (1888) 37 Ch. D. 525: “*a matter to be taken into consideration in considering what the value of the gift was*”.

Anche rispetto a questo rilievo, potrebbe obiettarsi che l'attribuzione patrimoniale *inter vivos* conserva comunque la natura di *gift* perché il testatore ha scelto di beneficiare E., quando per sollevare l'attività agricola, come era nei suoi intenti, avrebbe potuto affidare la stessa ad un qualsiasi altro soggetto. Invece il testatore ha scelto di beneficiare lo stesso figlio al quale le *farms* sarebbero state devolute per testamento, se avesse scelto, come peraltro era verosimile, di continuare l'attività paterna.

Di qui l'opportunità di applicare al caso la *rule against double portion* al fine di considerare l'attribuzione *inter vivos* come una realizzazione anticipata (e quindi soddisfattiva per E.) della stessa volontà espressa dal *de cuius* nel suo testamento. Sembrerebbe iniquo duplicare la *portion* ereditaria di E. a spese del fratello Robert per il semplice fatto che la *Committee* abbia spinto il testatore a provvedere immediatamente a cedere a E. le *farms*, anticipando un esito attributivo che avrebbe comunque avuto luogo alla sua morte.

Sulla base di queste considerazioni, i giudici nel caso di specie, concludono che la *rule against double portion* si applichi al *gift of the live and dead stock*, fatto ad E.

Coerentemente, il valore monetario dell'attribuzione patrimoniale *inter vivos* realizzata dal testatore a favore di E. dovrà essere conteggiata come anticipazione nell'attribuzione patrimoniale *mortis causa* a favore di E. prima di procedere alla divisione del *relictum* tra i due figli chiamati a succedere al testatore.

CAPITOLO V
GLI SPUNTI DI RIFORMA DELINEATISI NELL'AMBITO DELLA LAW
COMMISSION

Sommario: 1. Introduzione; 2. Sul possibile superamento del requisito del domicilio; 3. La coabitazione; 4. Il riconoscimento della provision a favore dei figli: sulla possibilità di differenziare nel trattamento successorio dei figli l'ipotesi di diseredazione espressa da quella che attualmente si realizza per applicazione delle norme sulla successione legittima e sul trattamento successorio dei "figli di primo letto"; 5. Il trattamento successorio di children of the family, dependants e carers; 6. Sull'opportunità di una flessibilizzazione del termine semestrale per la formulazione della richiesta di family provision; 7. Una critica alla impermeabilità nel trattamento a fini successori dei pension funds?; 8. Net estate and joint tenants

1. Introduzione

Se, come si è visto, recentemente in Italia non sono mancati disegni di legge volti all'abolizione dell'istituto della successione necessaria³⁶⁵, anche in Inghilterra si è discusso di una riforma della *law of intestacy and family provision*.

D'altra parte qualsiasi progetto di riforma della materia incontra una forte resistenza costituita dal fatto che, come si è più volte sottolineato, gli "inglesi" difendono come valore la *testamentary freedom*, che viene esercitata con la redazione del testamento.

Da un recente studio statistico, sembra emergere che a morire in assenza di testamento siano soprattutto soggetti di medio-bassa estrazione sociale, senza figli né coniuge, spesso appartenenti a minoranze etniche³⁶⁶.

³⁶⁵ Si legga a riguardo il Capitolo II.

³⁶⁶ NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Finding the will: a report on will writing behaviour in England and Wales* (2007), pp 3 to 5.

L'istanza di rinnovamento sorge, forse, dai rilevanti mutamenti che hanno, investito la società³⁶⁷: basti pensare all'incremento delle convivenze, al numero sempre più elevato di divorzi e matrimoni successivi, alla sempre più frequente presenza all'interno dello stesso nucleo familiare di figli di primo e di secondo letto.

Non pochi pratici del diritto ed accademici invocano l'auspicabilità di una riforma³⁶⁸.

Un ruolo chiave ai fini della individuazione e della formulazione di istanze di riforma è giocato dalla *Law Commission* inglese³⁶⁹.

Nel 1989 la *Law Commission* pubblica un *report* contenente principi cardine che dovrebbero ispirare la riforma della disciplina in materia di *Intestacy*³⁷⁰.

I successivi interventi di riforma recepiscono i lavori della *Law Commission*.

Nel 1995 viene riconosciuta ai *cohabitants* la facoltà di chiedere una *financial provision*, mentre nel 2004 i diritti riconosciuti dall'*Act* del 1975 sono stati estesi ai *civil partners* ed ai *cohabitants* dello stesso sesso.

A partire dal 29 ottobre 2009 sino al 28 febbraio 2010 ha avuto luogo una consultazione promossa ad opera della *Law Commission* per discutere di una possibile distribuzione del patrimonio del defunto che fosse più attenta alla *fairness* delle disposizioni testamentarie.

Nel mese di dicembre 2011 la *Law Commission* pubblica il *report* che rappresenta l'esito di tale consultazione³⁷¹.

³⁶⁷ Si legga NATIONAL CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH, *The law of Intestate Succession: Exploring attitudes among non-traditional families, Final Report* (2009); WAGGONER, *The multiple marriage society and spousal rights under the revised Uniform Probate Code* (1990) 76 Iowa Law Review, 223.

³⁶⁸ KERRIDGE, *Reform of the law of succession: the need for change, not piecemeal tinkering* (2007) 71 *Conveyancer and Property Lawyer* 47, 64 to 69; CRETNEY, "Reform of Intestacy: the best we can do?" 111 *Law Quarterly Review*, (1995), 77.

³⁶⁹ Si veda la nota di approfondimento sul ruolo della *Law Commission* nell'Introduzione al presente lavoro,

³⁷⁰ LAW COMMISSION, *Family law: distribution on intestacy*, Report n. 187, (1989).

³⁷¹ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011.

Non solo il *Report* in oggetto, ma anche il precedente *Consultation Paper* danno la dimensione di quali siano gli aspetti della disciplina sulla *Family provision*, avvertiti come criticità da affrontare.

Le proposte di riforma non sembrano focalizzate soltanto sulle modalità di attribuzione della *provision* (di cui all'*Inheritance Act* del 1975), ma in primo luogo, in via generale, si discute di una modifica della disciplina dell'*Intestacy* (norme sulla successione ai sensi di legge) in considerazione della sempre maggior diffusione della convivenza come alternativa al matrimonio da un lato e dell'incremento dei divorzi, dall'altro.

I sostenitori della riforma si propongono in particolare di estendere alle coppie non sposate il trattamento successorio legittimo (ovvero in assenza di testamento) attualmente operante tra coniugi³⁷².

Oggigiorno, al convivente superstite non spetta alcun diritto successorio nel caso in cui il suo compagno muoia senza fare testamento, mentre al contrario il coniuge superstite potrebbe ereditare anche l'intero patrimonio del *de cuius* se non vi fossero altri parenti concorrenti.

Tale disciplina contrasta col comune sentire che chi conviva stabilmente debba essere ad ogni effetto considerato come "*common law husband or wife*".

La *Law Commission* suggerisce un'attribuzione di diritti successori *ex lege* a favore del convivente³⁷³.

Tale modifica legislativa avrebbe, tra l'altro, l'effetto di limitare la richiesta di *provision* da parte dei conviventi che non sono stati beneficiati nel testamento.

Indubbiamente, però una tale proposta di riforma incontra le resistenze della parte più conservatrice dell'opinione pubblica inglese.

Per quanto riguarda le specifiche criticità nell'attribuzione della *provision* individuate ad opera della *Law Commission*, una trattazione per argomenti sem-

³⁷²LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 3, 4, parte 8.

³⁷³LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 8.42

bra più efficace al fine di tracciare una mappatura delle principali istanze di riforma.

2. *Sul possibile superamento del requisito del domicile*

In base alla legge inglese, la richiesta di *family provision* può essere formulata solo nei confronti dell'eredità di un soggetto che abbia *domicile* in Inghilterra o Galles al momento della sua morte³⁷⁴.

Quindi, nonostante il *de cuius* abbia trascorso per un periodo considerevole la sua vita in Inghilterra ed abbia lì collocato la vita della sua famiglia, nessun parente o *dependant* del *de cuius* potrà fare richiesta di *financial provision*, se il *de cuius* al momento della sua morte ha il *domicile*³⁷⁵ in un altro paese.

Questa “*domicile precondition*” non è stata immune da critiche. Emblematico al riguardo è il recente caso *Cyganik V. Agulian*³⁷⁶.

Il *de cuius* è nato a Cipro, ha vissuto in Inghilterra per ben 43 anni, ma al momento della sua morte si può ritenere che abbia *domicile* a Cipro.

Di conseguenza, nonostante gran parte dei cespiti patrimoniali che compongono la sua massa ereditaria si trovano in Inghilterra, i giudici inglesi stabiliscono che la convivente del *de cuius* non abbia titolo per richiedere una *provision* ai sensi della più volte citata legge del 1975.

³⁷⁴ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 7.11.

³⁷⁵ Il termine *domicile* indica un rapporto con un ordinamento giuridico al quale una persona si ritiene legata; si tratta in altre parole del luogo al quale un soggetto intende ritornare: Il termine, lontano dal corrispondere al concetto italiano di domicilio, si confonde invece con quello di cittadinanza perché indica un'appartenenza a un paese ed alle sue regole. Si suole dire “*a person may have more than one residence, but only one domicile*”. Un soggetto è *domiciled* in un determinato paese o luogo nel suo insieme e non in una specifica città. DE FRANCHIS, *Law Dictionary*, Milano, 1984, p. 712 ss.

³⁷⁶ *Cyganik v. Agulian* (2006) EWCA Civ. 129.

Il caso è stato lo spunto per suggerire, ai fini della richiesta di *financial provision* una sostituzione del requisito del *domicile* con quello della “*habitual residence*”³⁷⁷.

Del resto, il concetto di *habitual residence*, rispetto a quello di *domicile* è di più semplice comprensione per i non addetti ai lavori ed è di più agevole identificazione.

Nel *Consultation Paper*³⁷⁸, gran parte dei *consultees* concordano sull’abolizione della *domicile precondition* o, quantomeno, sull’introduzione di criteri alternativi cui subordinare l’esperibilità dell’azione per ottenere una *family provision*.

L’introduzione di questi criteri alternativi consentirebbe ai giudici di riconoscere o negare la *family provision* con una maggiore flessibilità, che possa tener conto delle specificità del singolo caso.

Il principale timore correlato all’introduzione di questi criteri alternativi consiste nel possibile aumento del grado di incertezza che già in generale caratterizza il sistema successorio inglese ed interessa l’applicazione dell’istituto della *family provision* nello specifico.

3. La coabitazione

Il presupposto necessario affinché un *cohabitant* possa avanzare una richiesta di *provision* a carico dell’asse del *cohabitant* premorto è che il rapporto di coabitazione perduri al momento della morte del *de cuius*. In questo senso e-

³⁷⁷ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 7.20.

³⁷⁸ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Consultation Paper n. 191, (2009), para 7.11ss.

spressamente prevede l'*Inheritance Provision for Family and Dependants*) Act 1975³⁷⁹.

Tuttavia si è a lungo discusso se estendere tale tutela anche ai casi in cui il rapporto di coabitazione sia cessato poco tempo prima della morte del *cohabitant*.

La legge citata, anche nel caso di richiesta di *provision* formulata da un *cohabitant*, enuclea specifici fattori che devono essere tenuti in considerazione ai fini del riconoscimento della *provision*: l'età del richiedente, la durata del periodo nel quale il richiedente ha vissuto come compagno del *de cuius* e nella medesima casa, il contributo fornito dal richiedente al mantenimento del nucleo familiare, sia dal punto di vista strettamente economico, sia dal punto di vista della cura della casa e della famiglia in genere.

Tali requisiti sembrano ricalcare fedelmente quelli previsti per valutare l'attribuzione di *provision* al coniuge superstite, fatta eccezione per il fatto che chiaramente, non viene, in tal caso valutato l'importo che sarebbe presumibilmente attribuito al soggetto in caso di divorzio.

Eppure, un rapporto di convivenza, del pari rispetto ad un matrimonio può terminare per molteplici ragioni diverse dalla morte di un convivente; ci si è pertanto chiesti perché non valutare l'importo a cui il convivente avrebbe avuto diritto in caso di fine della convivenza, al fine di stabilire quale sia l'importo congruo da riconoscere al convivente superstite, in analogia con il ragionamento ipotetico che la legge prevede per il caso in cui la richiesta di *provision* sia appunto formulata da un coniuge³⁸⁰.

³⁷⁹ Section 1(1) (ba). Si legga sullo *status* di *cohabitant* LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, part. 8.

³⁸⁰ In tal senso si veda LAW COMMISSION. *Cohabitation: the Financial Consequences of Relationship Breakdown* Report n. 307, (2007).

4. *Il riconoscimento della provision a favore dei figli: sulla possibilità di differenziare l'ipotesi di diseredazione espressa da quella che attualmente si realizza per applicazione delle norme sulla successione legittima e sul trattamento successorio dei "figli di primo letto"*

I figli possono chiedere una *provision* a carico dell'eredità del genitore sia nel caso in cui essi non siano stati contemplati nel testamento, sia nel caso in cui si ritengano lesi dall'operare della successione legittima.

In generale, come si è specificato nella parte ricognitiva sulla disciplina legislativa vigente, per decidere l'attribuzione di una *family provision* a favore di un figlio, la corte dovrà tenere in considerazione anche "*the manner in which the applicant was being or in which he might expect to be educated or trained*"³⁸¹.

Dovranno così essere presi in considerazione numerosi fattori: per quanto tempo il *de cuius* ha provveduto al sostentamento del soggetto richiedente, prima che lo stesso fosse in grado di provvedere a sé stesso, se il richiedente dovrà frequentare scuole pubbliche oppure scuole private, se necessiterà di un avviamento professionale e così via.

Rilevante ai fini del riconoscimento di *reasonable provisions* a favore di figli adulti è anche la consistenza dell'asse; in altre parole, se l'asse ereditario ha una rilevante consistenza, allora anche un figlio adulto astrattamente in grado di badare a se stesso può nutrire la speranza di ottenere una *reasonable provision* in giudizio³⁸².

In generale, però, come si è visto, l'orientamento che le corti hanno osservato consiste nel negare attribuzione di *family provisions* a favore dei figli che abbiano un impiego o comunque un'astratta capacità di guadagno che li metta in condizione di provvedere a se stessi.

³⁸¹ *Inheritance (Provision for Family and Dependents Act 1975, s. 3(3).*

³⁸² Così *Myers v. Myers*, [2005] W.T.L.R. 851.

Un'importante deroga a questo principio, come si è detto, è rappresentata dal caso in cui sussista una *moral obligation de de cuius* nei confronti del figlio stesso³⁸³.

Attualmente si discute della possibilità di modificare la legge del 1975 al fine di riconoscere ai figli adulti maggiori possibilità di ottenere *reasonable provisions*.

Del resto, forse l'estrema rigidità nel riconoscimento di *reasonable provisions* a favore dei figli adulti non è una scelta a cui i giudici sono costretti dal dettato letterale della legge del 1975, ma affonda le proprie radici nella larga condivisione del valore della *testamentary freedom*, che sembra decisamente permeare il sistema successorio inglese³⁸⁴.

L'esito dei recenti lavori della *Law Commission* inglese sicuramente non caldeggia una riforma della disciplina operante sul punto³⁸⁵. L'introduzione di un più diffuso riconoscimento di *family provisions* ai figli adulti comporterebbe un sovvertimento radicale dell'impianto della legge del 1975 ed un avvicinamento al principio di *forced heirship*, con enorme sacrificio della *testamentary freedom*.

Vi sono, però, alcuni particolari aspetti che sono stati individuati come meritevoli di un ripensamento.

In particolare, la *Law Commission* prospetta l'opportunità di distinguere il caso in cui un figlio adulto non erediti nulla dal genitore, perché quest'ultimo ha espressamente scelto di non contemplarlo nel suo testamento, dal caso in cui, invece, un figlio si trovi escluso dall'eredità perché, in assenza di testamento, le

³⁸³ BORKOWSKI, "Moral Obligation and Family Provision", 305 *Child and Family Law Quarterly*, (1999), 333. Si veda a riguardo anche il caso *Ilot v. Mitson*, [2011] EWCA Civ 346, trattato nel capitolo sulle soluzioni operative adottate nell'ambito della *case law*.

³⁸⁴ Di recente altri sistemi hanno virato verso una disciplina più tutelante della *testamentary freedom* e meno generosa nei confronti dei figli adulti richiedenti una forma di mantenimento a carico dell'eredità dei genitori. Emblematico è a questo riguardo il caso della Nuova Zelanda, dove la riforma del 1990 ha posto fine alla prassi del riconoscimento di *family provisions* ai figli del *de cuius* sulla base della mera "relazione di sangue", sostituendovi il principio del "proper maintenance and support".

³⁸⁵ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.25-6.26.

norme sulla successione legittima prevedono la devoluzione dei beni del *de cuius* a favore di altri parenti (nel caso più classico in assenza di testamento, i beni del *de cuius* si devolveranno a favore del coniuge superstite).

Nel primo caso sembra³⁸⁶ che i giudici, in ossequio alla larga condivisione del valore della *testamentary freedom* debbano adoperare particolare cautela nel riconoscere al figlio l'attribuzione di una *family provision* a carico dell'eredità, mentre nel secondo caso il giudice possa adottare un orientamento più generoso nei confronti del figlio e meno rigoroso, alla luce del fatto che non vi è una espressa volontà testamentaria da rispettare; pertanto il bilanciamento tra il principio di *testamentary freedom* e quello solidaristico che imporrebbe ad un genitore di prendersi cura del figlio anche dopo la sua morte dovrebbe essere condotto con esiti differenti a seconda che sia integrata l'una o l'altra delle fattispecie sopra enunciate.

Di fatto un tale approccio introdurrebbe un ulteriore elemento di incertezza in un ambito giudiziale in cui già vi è incertezza nell'*an* e nel *quantum* dell'attribuzione patrimoniale.

Naturalmente forti pressioni in senso conservativo del rigore dell'attuale disciplina provengono, come si può immaginare, dalle *Charities* che risultano le principali beneficiarie dei lasciti dei testatori che abbiano deciso di non lasciare nulla delle proprie sostanze ai figli³⁸⁷.

Forse il caso in cui una riforma della disciplina della *family provision* si rivela maggiormente auspicabile è quello in cui l'eredità del *de cuius* venga devoluta, per testamento o sulla base delle norme sulla successione legittima al coniuge superstite, che però non è il genitore del figlio o dei figli del *de cuius*. In questi casi i figli del *de cuius* sono spesso risentiti del fatto che i beni faticosa-

³⁸⁶ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.15.

³⁸⁷ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.18.

mente accontonati dai propri genitori passino ad un soggetto che, presumibilmente, alla sua morte, non li devolgerà certo a loro³⁸⁸.

Il caso dei figli di primo letto³⁸⁹ è stato oggetto di particolare attenzione in dottrina e nel *Report*.

Si pensi al caso di un soggetto che muoia senza lasciare testamento e si apre, così, la successione legittima.

Egli lascia a sé superstiti la moglie ed un figlio avuto, però, da un primo precedente matrimonio; secondo le norme inglesi che disciplinano la successione in assenza di testamento, tutti i beni del *de cuius* passano *mortis causa* alla seconda moglie, mentre non è prevista alcuna attribuzione patrimoniale a favore del figlio.

Si noti, però, che la prima moglie è premorta e tutti i suoi beni sono passati al marito ora anch'egli passato a miglior vita, ragione per la quale nel patrimonio della seconda moglie passano sostanzialmente tutte le ricchezze del marito e della prima moglie di quest'ultimo. Il figlio del *de cuius* è così condannato a non avere nulla né dell'eredità del padre, né di quella della madre. Un tale risultato appare inaccettabile agli occhi di noi *civil lawyers*, a maggior ragione se ipotizziamo che il figlio di primo letto versi in stato di personale bisogno e veda la seconda moglie del padre vivere nell'agiatezza, grazie ai sacrifici dei suoi genitori, senza nulla poter pretendere da lei.

Ciò che il figlio adulto ed indigente potrà fare sarà sperare e pregare che la seconda moglie si ricordi la provenienza delle acquisite ricchezze nel momento in cui redigerà testamento e disponga qualche lascito a suo favore.

La prassi giurisprudenziale inglese dimostra, però, purtroppo, come le seconde mogli in questi casi non abbiano memoria o comunque riacquistino memo-

³⁸⁸ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.27.

³⁸⁹ Di cui si è parlato anche con riferimento al sistema italiano.

ria della provenienza delle ricchezze, dopo averle gioiosamente spese, lasciando il figlio di primo letto del marito a bocca asciutta.

Difficilmente, infatti, una seconda moglie si sentirà in dovere di trasmettere i beni ereditati dal marito ai figli di primo letto di quest'ultimo³⁹⁰.

Forse il legislatore inglese del 1975 riserva al coniuge un trattamento privilegiato rispetto ai figli nella misura in cui immagina che comunque il coniuge superstite amministrerà quei beni compatibilmente con le esigenze della prole e nel proprio testamento lascerà ai figli stessi quello che ha in precedenza ereditato dal consorte premorto.

Questo ragionamento astratto mal si attaglia, però, alla realtà moderna, nella quale i “coniugi di seconde nozze” non sono particolarmente generosi coi figli di primo letto³⁹¹.

Numerosi sono, ad ogni buon conto, i problemi pratici che sorgerebbero se intervenisse una riforma sul punto.

In primo luogo si dovrebbe stabilire se riconoscere una tutela ai figli adulti solo nel caso di successione intestata o anche in caso di successione testamentaria.

In secondo luogo sarà necessario valutare se limitare il riconoscimento di una *family provision* al caso in cui chiamati all'eredità siano il patrigno o la matrigna dell'attore o estenderlo anche al caso in cui sia il genitore di sangue ad ereditare tutto.

Se la nuova disciplina legislativa dovesse adottare questa seconda soluzione, si potrebbe prevedere un incremento dell'odioso contenzioso tra genitori e figli.

Una volta poi assodata l'astratta riconoscibilità di una *provision* a favore del figlio nei confronti dell'eredità passata allo *step-parent* (patrigno o matrigna) ci

³⁹⁰ CRETNEY, *Reform of Intestacy: the best we can do?*, 111 *Law Quarterly Review* (1995), 77-99

³⁹¹ CRETNEY, *Reform of Intestacy: the best we can do?*, 111 *Law Quarterly Review* (1995), 77-99.

si chiede se colui che ha agito in giudizio possa ottenerla subito indipendentemente dalle condizioni economiche del patrigno o della matrigna, oppure no.

Di qui l'ulteriore problema di identificare e distinguere i beni propri del patrigno o della matrigna da quelli invece ereditati dal genitore dell'attore (dato che il figlio a titolo di *provision* avrà diritto ad ottenere solo una quota di questi) e del se sottrarre o meno tali ricchezze dal potere dispositivo dello *step-parent*, che di fatto potrebbe liberamente disporne come parte del proprio patrimonio, potrebbe reinvestire tali ricchezze o unirle a quelle di un ipotetico nuovo marito sposato nel frattempo.

Evidentemente numerose sono le implicazioni problematiche che una modifica della disciplina di legge tuttora operante solleverebbe.

5. *Il trattamento successorio di children of the family, dependants e carers*

L'Inheritance Provision for Family and Dependants Act 1975 tra i soggetti che possono agire per ottenere una *reasonable financial provision* a carico dell'eredità contempla anche i soggetti di cui il *de cuius* si sia preso cura come fossero figli ("*children of the family of the deceased in relation to a marriage or a civil partnership*")³⁹² .

La norma però nel legittimare tale categoria di soggetti ad agire in giudizio per ottenere una *family provision* fa riferimento non solo all'elemento del trattamento del soggetto, che deve essere sotto ogni profilo parificabile a quello di un

³⁹² Così recita il dettato della *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, s 1 (1) (d) così come modificata dalla *Civil Partnership Act* del 2004): "*any person who was treated by the deceased as a child of the family in relation to that marriage or civil partnership*".

figlio, ma anche alla sussistenza di un rapporto di matrimonio o *civil partnership* tra il soggetto della cui eredità si tratta ed un altro soggetto³⁹³.

Perché il richiedente possa effettivamente essere considerato “*child of the family*” non è sufficiente che il *de cuius* sia stato gentile con lui, ma è necessario che si sia comportato ad ogni effetto come un genitore.

L’ipotesi tipica è quella dei figli di primo letto di un soggetto che abbia sposato il *de cuius* in seconde nozze.

Un’altra categoria di legittimati attivi a chiedere la *provision* è rappresentata dai soggetti che comunque dipendono dal *de cuius* (“*dependants*”).

Come si è detto, la legge del 1975 alla *section* 1(1) (e) definisce il *dependant* come “*any person who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased*”.

La categoria dei *dependants* pare una categoria residuale, volta a comprendere tutti i soggetti che non rientrano nelle altre categorie di soggetti legittimati a richiedere una *provision* ma che, comunque, vengono mantenuti dal *de cuius* nel momento immediatamente precedente la sua morte, perché il *de cuius* si è assunto una precisa responsabilità in tal senso .

Nel valutare la richiesta di *provision* da parte di un *dependant*, le Corti si mostrano attente nel valutare i motivi in base ai quali il *de cuius* si assume la responsabilità del mantenimento del soggetto, nonché il tempo per il quale si protrae il mantenimento.

Quanto al trattamento successorio dei *children of the family*, Il *Report*³⁹⁴ contiene la proposta di consentire la richiesta di *family provision* da parte di soggetti trattati come figli dal *de cuius tout court*, indipendentemente dal fatto che

³⁹³ In virtù del dettato letterale della norma, dunque, un soggetto *single* che coabiti con un altro, essendo trattato da quest’ultimo come figlio non avrebbe possibilità alcuna di ottenere una *reasonable provision* a carico dell’eredità se il “soggetto che lo tratta come un figlio” morisse.

³⁹⁴ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.41.

tale trattamento sia riferibile o meno ad un rapporto di matrimonio o *civil partnership* di cui il *de cuius* sia parte.

Tale proposta di modifica della disciplina legislativa è stata decisamente caldeggiata sia dalla *Law Society*, sia dalla *Chancery Bar Association*³⁹⁵.

Sul punto la *Society of Trust and Estate Practitioners* enuclea, però, un profilo problematico che giustificerebbe l'attuale disciplina: se la richiesta di *family provision* potesse essere formulata semplicemente da chi sia stato trattato dal *de cuius* come un figlio a prescindere da un rapporto matrimoniale o di convivenza intrattenuto dal *de cuius* con un terzo, pioverebbero richieste di *family provision* rivolte a chi durante la propria vita abbia semplicemente svolto attività di *sponsoring* nei confronti di qualcuno, aiutandolo a pagarsi gli studi o ad inserirsi, per esempio, nel mondo del lavoro.

Un tale risultato, oltre ad essere alquanto paradossale disincentiverebbe tutte le più nobili iniziative solidaristiche nei confronti del prossimo, che verrebbero da tutti evitate nel timore che il beneficiario un domani possa vantare una pretesa sulla successione del benefattore, a danno degli eredi da questi nominati per testamento o di quelli chiamati alla sua successione come per legge³⁹⁶.

Nel *Report* si conclude però che un tale timore è più ipotetico che reale, perché, comunque, affinché un soggetto possa qualificare se stesso come *child of the family* ed essere legittimato a richiedere una *family provision* non è affatto sufficiente che egli abbia ricevuto un qualsivoglia supporto economico da parte del *de cuius*, ma è al contrario necessario che la qualità e l'intensità dell'aiuto ricevuto sia tale da poter essere qualificata come "genitoriale".

³⁹⁵ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.51.

³⁹⁶ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.53

Per quanto riguarda invece il trattamento successorio dei *dependants*, nel *Consultation Paper*³⁹⁷ sono state prospettate due proposte di modifica in chiave restrittiva.

La *section 3 (4)* della legge del 1975 non indica chiaramente cosa significhi “*assumption of responsibility*” né se sia un concetto distinto dal mantenimento in sé considerato. Il semplice fatto del mantenimento comprenderebbe secondo alcuni il concetto di assunzione di responsabilità, secondo altri i due concetti andrebbero mantenuti distinti. Le corti hanno mostrato di accogliere la seconda interpretazione.

Nel caso *Bouette v. Rose*, come si è detto³⁹⁸, un genitore agisce per ottenere una *family provision* a carico dell’eredità della figlia, della quale si è preso cura per molti anni a tempo pieno.

La *de cuius* è una ragazzina di soli quattordici anni affetta da una grave malattia mentale ed è evidente come non sia in grado di prendersi cura di nessuno.

Eppure la Corte conclude che una *assumption od responsibility* possa essere desunta dal fatto che la madre della ragazza faccia affidamento sui fondi di cui la ragazza è titolare.

E’ stato proposto³⁹⁹ di degradare l’elemento dell’*assumption of responsibility* da requisito per l’esperibilità dell’azione per richiedere al *family provision* a semplice elemento che deve essere tenuto in considerazione insieme a molti altri ai fini della commisurazione della *family provision* stessa.

Del resto, una tale modifica della disciplina sarebbe coerente con la *law in action* di fatto operante se pensiamo che da una parte la legge prevede il requisito della *assumption of responsibility* quale requisito per il conseguimento della *family provision* da parte del *dependant*, ma dall’altro le corti eludono la necessa-

³⁹⁷ LAW COMMISSION, *Intestacy and Family Provision claims on death*, Consultation Paper n. 191, (2009).

³⁹⁸ Si legga al riguardo il capitolo IV.

³⁹⁹ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6. 53.

ria integrazione di tale requisito, sostenendo che la sua integrazione si presuma dal semplice dato fattuale del mantenimento⁴⁰⁰.

Tale presunzione di fatto svuoterebbe di contenuto il requisito dell'*assumption of responsibility* medesimo, ragione per la quale continuare formalmente a prevederlo nella disciplina di legge rappresenterebbe soltanto un elemento di incertezza del sistema.

Perchè un soggetto possa formulare una richiesta di *family provision* in qualità di *dependant*, è necessario che egli sia stato mantenuto in tutto o in parte dal *de cuius*. Questa condizione è soddisfatta se il *de cuius*, al momento della sua morte, sta compiendo una “*substantial contribution in money towards the reasonable needs of the applicant*”⁴⁰¹.

Un altro caso che di criticità è rappresentato dall'ipotesi in cui il rapporto di mantenimento non sia unilaterale ed unicamente a favore del *dependant*, da parte del *de cuius*, ma bilaterale⁴⁰².

La *provision* potrà essere riconosciuta soltanto nella misura in cui si dimostri che il *de cuius* abbia contribuito al mantenimento del *dependant* in misura maggiore di quanto quest'ultimo abbia fatto col *de cuius*.

Tale dimostrazione è spesso, come si potrà immaginare difficile da ottenere in un contesto familiare di mutua partecipazione alle spese familiari ed il requisito stesso rischia pertanto di apparire irrealistico. Inoltre il bilanciamento dovrebbe essere condotto tra contributi economici, ma potrebbe anche darsi verosimilmente il caso in cui il *de cuius* o il *dependant*, in cambio della contribuzione economica dell'altra parte provveda alle faccende domestiche.

Pensiamo poi al caso di un soggetto che si sia preso cura materialmente, moralmente ed economicamente del *de cuius*, ricevendo dallo stesso ben poco in

⁴⁰⁰ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.56; COLDHAM, *Dependants' provision on death*, 45 *Modern Law Review* (1982), 100.

⁴⁰¹ *Inheritance provision far Family and Depenant Act 1975, s 1 (3)*.

⁴⁰² LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.66.

cambio ed accostiamolo alla ben differente ipotesi di un soggetto che abbia compiuto qualche piccolo gesto quotidiano per il *de cuius*, essendo però dallo stesso in tutto e per tutto mantenuto ed accudito.

Ebbene, il primo soggetto non avrà speranza di ottenere una *reasonable financial provision* a carico dell'eredità del *de cuius*, mentre il secondo con tutta probabilità risulterà vittorioso in un'ipotetica causa per la richiesta di *financial provision*. Un tale esito ha indotto alcuni studiosi ad osservazioni particolarmente critiche e pungenti riguardo al fatto che più meritevole nei confronti del *de cuius* è colui che richiede la *provision*, minori possibilità concrete ha di ottenerla⁴⁰³.

Così ad esempio si esprime *H. Clark*⁴⁰⁴ riferendosi al meccanismo di attribuzione della *provision* a favore dei *dependants*, poco dopo l'entrata in vigore della *Inheritance Provision for family and Dependants Act 1975* : “*It leads to the inevitable conclusion that the more deserving the applicant, the less likely he or she is to succeed*”. Emblematico a tale riguardo appare il caso *Re Wilkinson*⁴⁰⁵ del 1978, nel quale l'attore ha convissuto con sua sorella, assistendola ed occupandosi delle faccende domestiche, ma ricevendo in cambio solo vitto ed alloggio. Alla morte della sorella, formula in giudizio una richiesta di *reasonable provision* a carico dell'eredità, ma tale richiesta viene rigettata, dal momento che la prestazione di garantire vitto ed alloggio non è sufficiente a denotare una dipendenza economica dalla *de cuius* che possa giustificare il riconoscimento di una *provision*.

Inoltre, i giudici hanno mostrato di non ritenere degne di accoglimento le richieste di *provision* formulate da *dependants* che fossero vissuti in rapporto di reciproca dipendenza economica con il *de cuius*, mentre al contrario si sono rivelate più aperte a riconoscere *provisions* nel caso di dipendenza economica unilaterale del *dependant* dal *de cuius*, sulla base del fatto che solo nel secondo caso

⁴⁰³ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.67.

⁴⁰⁴ CLARK, *Deserved Mistress Shunned?* 41 *Modern Law Review* (1978) , 352, 354.

⁴⁰⁵ *Re Wilkinson*, [1978] Fam. 22.

nel bilanciamento dei reciproci contributi, quello fornito dal *de cuius* poteva avere il requisito della “*valuable consideration*” richiesto dalla legge ai fini del riconoscimento della *provision*.

Non sono tuttavia mancate critiche a tale impostazione, né proposte rivolte ai giudici affinché ignorassero l’elemento della “*valuable consideration*” nel caso in cui il richiedente ed il *de cuius* formassero un unico nucleo familiare, all’interno del quale fosse arduo attribuire un peso ed una misura precisa al rispettivo contributo economico al *menage* familiare. Si consideri il caso di due soggetti, i quali, unendo i rispettivi redditi, vivano insieme dignitosamente, ma a seguito della morte di uno, l’altro si ritrovi in condizioni di bisogno.

La legge per questo specifico caso non prevede la possibilità di attribuzione di *provision* al soggetto superstite, perché il rapporto di dipendenza economica di *valuable consideration* dal *de cuius* non sussisteva mentre il *de cuius* era in vita, ma lo stato di bisogno del soggetto superstite sorgeva soltanto con la morte del *cohabitant*. Per questo caso la legge conosce un vero e proprio vuoto di tutela che solleva non pochi dubbi.

La *Law Commission* nella *consultation* durata dal 29 ottobre 2009 al 28 febbraio 2010 ha formulato un’espressa proposta di eliminare nei rapporti di reciproco contributo alla vita insieme il requisito di maggior considerevolezza del contributo del *de cuius*, ai fini del riconoscimento di una *provision* a favore del superstite⁴⁰⁶.

Sempre la *Law Commission*, nel *Report*⁴⁰⁷, riconosce che non vi siano fondati motivi alla base di una così radicale differenza di trattamento giuridico dei casi di *mutual dependency*, rispetto ai casi di *one-way dependency* e che non sia ragionevole porre in condizione di svantaggio il *dependant* che abbia in minima parte ricambiato il mantenimento ad opera del *de cuius* rispetto al *dependant* che,

⁴⁰⁶ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.31.

⁴⁰⁷ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.31 ss.

invece, non abbia fatto nulla e si sia limitato a profittare del mantenimento che il *de cuius* poteva garantirgli⁴⁰⁸.

Su un piano pratico ci si è chiesti quale fosse l'intervento modificativo del dettato della legge necessario ad impedire il test di bilanciamento tra i mantenimenti reciprocamente corrisposti. La *section* 1(3) della legge del 1975 fornisce la seguente definizione del concetto di *dependant*: “*For the purposes of subsection 1(e) above, a person should be treated as being maintained by the deceased either wholly or partly, as the case may be, if the deceased, otherwise than for full valuable consideration, was making a substantial contribution in money or money’s worth towards the reasonable needs of that person*”.

Secondo alcuni *consultees*⁴⁰⁹ l'inciso “*otherwise than for full valuable consideration*” non giustificherebbe affatto l'applicazione del test di bilanciamento al fine di valutare l'accoglimento della domanda di *family provision*, ma assolverebbe al mero scopo di chiarire come non sia da ricomprendersi nella categoria di *dependants* i soggetti legati al *de cuius* da una semplice relazione commerciale o professionale. Secondo altri⁴¹⁰, però, nell'inciso “*otherwise than for full valuable consideration*” risiederebbe il fondamento del test di bilanciamento che attualmente, come si è detto, nei casi di *mutual dependency* tra il *de cuius* ed il *dependant* subordina l'accoglimento della richiesta di *family provision* di un *dependant* al fatto che il contributo del *de cuius* al suo mantenimento sia maggiore del contributo dal richiedente stesso profuso a favore del *de cuius*.

Pertanto si è proposto di procedere all'eliminazione dell'inciso in oggetto, anche al mero scopo di eliminare il dubbio interpretativo.

⁴⁰⁸ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.76.

⁴⁰⁹ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.78; si legga anche *Intestacy and family provision claims on death*, Consultation Paper, para 6.19.

⁴¹⁰ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.78; si legga anche *Intestacy and family provision claims on death*, Consultation Paper, para 6.19.

Non si pensa che una tale modifica della disciplina operante sul punto possa sortire l'effetto di aumentare esponenzialmente il contenzioso, nella misura in cui l'autosufficienza economica del superstite resterebbe un filtro sufficiente ad arginare le richieste di *provision* aventi carattere pretestuoso⁴¹¹.

Un ulteriore profilo che nella *consultation* è stato oggetto di riflessione è se alcune categorie di parenti del *de cuius* non contemplati dalla legge come possibili attori nei procedimenti di richiesta di *Family Provision* (genitori, nonni, fratelli e sorelle) debbano essere ammessi ad agire in giudizio sulla base del loro mero rapporto di sangue con il *de cuius* a prescindere dal fatto che si trovino o meno nella posizione giuridica di *dependants*.

In particolare è stata valutata l'opportunità di includere i genitori tra i soggetti legittimati attivi a richiedere la *family provision*⁴¹².

Particolarmente avverse a questa istanza sono le *Charities*⁴¹³ che vedrebbero sensibilmente ridotti i lasciti a loro favore, se il principio di *testamentary freedom* venisse sacrificato a favore del principio solidaristico di tutela di un accresciuto numero di soggetti vicini al *de cuius*.

Del resto il diritto dei genitori ad ottenere una *provision* non è escluso in senso assoluto: i genitori che vivono grazie al supporto materiale del figlio sarebbero comunque legittimati a chiedere una *financial provision* in caso di morte di quest'ultimo, dato che rientrano nella categoria soggettiva di *dependant*.

Nel *Consultation Paper*⁴¹⁴ si è inoltre occupati della posizione giuridica di un'altra categoria di soggetti che, a differenza dei genitori, sono totalmente privi di tutela (sia sotto il profilo della successione legittima, sia sotto il profilo dell'ottenibilità di una *family provision*) e non possono giovare della ricompren-

⁴¹¹ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.79-6.80.

⁴¹² LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.81 ss.

⁴¹³ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.83.

⁴¹⁴ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Consultation Paper n. 191, (2009).

sione in altre categorie di legittimati attivi, al fine di ottenere una *reasonable financial provision*; la categoria in oggetto è rappresentata dai *carers*, ossia da soggetti che si sono presi cura del *de cuius*, senza che fossero a ciò tenuti in virtù di un rapporto di lavoro.

Ci si chiede se questa sollecitudine nei confronti del *de cuius* non sia meritevole di essere ricompensata in sede successoria.

Ma ci si domanda anche quale livello e tipologia di cura legittimi il *carer* a vantare un possibile diritto ad ottenere una *provision* a carico dell'eredità dell'accudito e quale cura rappresenti, invece, una mera ed irrilevante gentilezza.

I *consultees* si sono inoltre chiesti se debba paralizzare la pretesa del *carer* il fatto che un altro membro della famiglia del *de cuius* si sia offerto di prendersi cura del *de cuius*, ma gli sia stato impedito appunto dalle insistenze del *carer* di occuparsene in prima persona⁴¹⁵.

Tutti questi problemi applicativi introdurrebbero un inevitabile incertezza nel sistema; anche alla luce di tale rilievo la *Law Commission* nel *Report* conclude nel senso che non sia auspicabile un'estensione delle categorie di legittimati attivi a richiedere la *family provision*, volta a ricomprendere i *carers*. Del resto riconosce che nell'ipotesi della presenza di un *carer* sembra estremamente auspicabile che il *de cuius* rediga testamento, perché per questo soggetto né le *Intestacy Rules*, né l'istituto della *family provision* possono fornire un'adeguata tutela⁴¹⁶.

⁴¹⁵ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.92.

⁴¹⁶ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 6.93.

6. *Sull'opportunità di una flessibilizzazione del termine semestrale per la formulazione della richiesta di family provision*

La legge prevede un termine rigoroso per formulare la richiesta di *reasonable provision*, che deve essere espressa entro sei mesi dal *grant of representation*⁴¹⁷ (*section 9* dell'*Inheritance Provision for Family and Dependents Act 1975*).

Rientra, tuttavia, nella discrezionalità delle corti – ai sensi della *section 4* della legge del 1975 - la possibilità di decidere in via eccezionale nel senso del riconoscimento di una *family provision* anche qualora la richiesta non sia stata tempestivamente formulata nei sei mesi.

Occorre considerare preliminarmente che questo stringente limite di tempo è stato fissato al tempo dell'introduzione nel sistema inglese dell'istituto della *family provision*, quando ancora non si conosceva e non si poteva esattamente prevedere l'impatto e l'applicazione concreta che l'istituto medesimo avrebbe avuto.

Considerata la modesta applicazione che l'istituto della *family provision* ha avuto⁴¹⁸, resta da chiedersi se non sia forse opportuno estendere l'esperibilità del rimedio oltre il termine semestrale inizialmente previsto.

Se infatti la logica della previsione di un termine stringente era quella di scongiurare la formazione di un contenzioso eccessivo, il pericolo sembra ampiamente scongiurato.

⁴¹⁷ Il *grant of representation* è un documento emesso dal *Probate Service*, che si è assunto il compito di amministrare l'*estate* del *de cuius*. Tale documento ha una funzione probatoria e di garanzia della certezza dei traffici giuridici, perché consente di identificare con certezza a quale soggetto o a quali soggetti sia stato attribuito da *Probate Service* il potere di amministrare i beni sui quali si è aperta la successione del *de cuius*, di pagare gli eventuali debiti e devolvere i vari beni ai soggetti identificati dal *de cuius* come beneficiari di ciascun lascito.

⁴¹⁸ Confronta MINISTRY OF JUSTICE, *Judicial and Court Statistics* (2007 Cm7467, 37; LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, *Judicial Statistics: England, Wales and Northern Ireland* (1980) Cm 8436, 42.

Anche il fatto che il termine semestrale decorra dall'ottenimento del *grant of representation* appare problematico.

Spesso i soggetti legittimati a richiedere un *grant of representation* non hanno alcun interesse ad attivarsi per farne richiesta, perché ad esempio i beni sono già stati devoluti con sicura attribuzione secondo un *pension scheme*⁴¹⁹.

Come si può ben immaginare, ciò rappresenta un problema per tutti quei soggetti vicini al *de cuius* che versano in grave stato di bisogno, non sono affatto stati beneficiati dal *de cuius* nel suo testamento e quindi hanno particolare urgenza di ottenere una *family provision*.

Per questo la *Law Commission*⁴²⁰ ha formulato proposte volte ad eliminare il previo ottenimento di un *grant of representation* come condizione per richiedere la *family provision*. Ciò consentirebbe di dare una più celere tutela ai soggetti eventualmente bisognosi della *provision*.

Una soluzione trovata dalle corti⁴²¹ per ovviare a queste criticità consiste nella concessione di “*limited grants*”, in via d'urgenza allo specifico fine di rendere velocemente ottenibile una *family provision* da parte di soggetti particolarmente bisognosi.

Del resto, la prassi giudiziale ha dimostrato come il *limited grant* sia un istituto poco conosciuto sia da chi agisce in giudizio, sia dagli operatori del diritto; sono di fatto pochi gli attori che chiedono e riescono ad ottenere un *limited grant*.

Secondo alcuni *consultees*⁴²², l'istituto sarebbe anzi responsabile di determinare una inaccettabile diversità di trattamento tra richiedenti la *family provision* ben giuridicamente consigliati e mal giuridicamente consigliati.

⁴¹⁹ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 7.48.

⁴²⁰ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 7.47 ss.

⁴²¹ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 7.57.

⁴²² LAW COMMISSION, *Intestacy and family provisions claims on death*, Consultation Paper n. 191, (2009), para 7.49.

Pertanto, in ultima analisi, i *consultees*⁴²³ caldeggiano il riconoscimento dell'ammissibilità della richiesta di *family provision* prima dell'ottenimento del *grant of representation, tout court*.

7. Una critica alla impermeabilità nel trattamento a fini successori dei *pension funds*?

I fondi pensione risultano esclusi tanto dall'applicazione delle norme sulla successione *ex lege*, quanto dall'ambito di applicazione dei rimedi previsti dall'*Inheritance Provision for Family and Dependants Act 1975*.

Con riferimento all'incidenza dell'evento morte sul versamento delle *pensions* si rende necessaria una distinzione: per alcune pensioni il versamento cessa al momento della morte del beneficiario, in altri casi è previsto il pagamento di una *lump sum* da versarsi, al momento della morte del beneficiario, ai familiari del *de cuius* oppure ai soggetti da questi indicati in una *letter of wishes*.

Potrebbe, inoltre, essere prevista una pensione per la vedova, ma, ad ogni buon conto, questi aspetti sono del tutto avulsi dalle norme che regolano la successione ai sensi di legge e sono, al contrario, disciplinati dalle regole del *pension fund* stesso o spesso da un soggetto che il *de cuius* ha nominato quale *trustee* del *pension fund*.

L'autonomia e l'impermeabilità della disciplina del *pension fund* ha risvolti pratici molto concreti e radicali. Ad esempio, i giudici chiamati a giudicare su una *family provision claim* non possono ordinare al *trustee* di un *pension fund* di pagare una *provision* sottoforma di *lump sum* a favore del coniuge superstite se il *de cuius* aveva stabilito per il *pension fund* medesimo un beneficiario diverso dal

⁴²³LAW COMMISSION, *Intestacy and family provisions claims on death*, Consultation Paper n. 191, (2009).

coniuge (anche in presenza di tutti i presupposti perché questi ottenga una *financial provision*)⁴²⁴.

Pertanto, la disciplina del *pension fund* consente al testatore di avere una grande libertà di disposizione delle proprie sostanze e dunque, sul piano pratico, attraverso l'istituto del *pension fund* potrebbe avere luogo la totale diseredazione di un familiare.

Fino a poco tempo fa la disciplina dei *pension funds* godeva della stessa autonomia ed impermeabilità anche nei casi di divorzio, così che un soggetto, a mezzo della costituzione di un *pension fund* poteva mettere una cospicua parte del suo patrimonio al riparo dalle eventuali future pretese finanziarie del coniuge in caso di divorzio.

Tale disciplina appariva, però, inappropriata e, pertanto, a seguito di vivaci contestazioni sul punto, l'intangibilità dei *pension funds* nelle cause di divorzio è venuta meno nel 1973 con la *Matrimonial Causes Act*, che ha consentito ai giudici chiamati a decidere sul pagamento di una *financial provision* a favore di un coniuge in conseguenza del divorzio o della fine di una *civil partnership*, di ricorrere allo strumento del *pension sharing* o, in generale, ad altri rimedi genericamente definiti dalla legge “*orders*”, che comunque intaccano i cespiti patrimoniali che il *de cuius* ha inteso porre nel *pension fund*⁴²⁵.

Il rimedio del *pension sharing* è molto complesso e comporta meccanismi di bilanciamento e di calcolo che hanno indotto la prassi giurisprudenziale ad elaborare una formula nota anche come “*capital equivalent transfer value*” o CETV

⁴²⁴ Questa autonomia ed impermeabilità dei *pension funds* gestiti sottoforma di *trust* nel diritto inglese può essere paragonata ed accostata forse al trattamento successorio dei contratti di assicurazione nel diritto italiano. Nel nostro sistema, infatti, le rendite dei contratti assicurativi stipulati dal *de cuius* hanno sorte propria ben distinta dalle vicende successorie dei cespiti patrimoniali che compongono l'asse ereditario del *de cuius*. Ciò significa che il soggetto identificato nel contratto assicurativo come beneficiario acquisterà la rendita a titolo contrattuale *inter vivos*, non a titolo *mortis causa*. Inoltre, qualora il soggetto identificato come beneficiario nel contratto assicurativo sia un legittimario del *de cuius* o un soggetto tenuto alla collazione in sede di divisione della massa ereditaria, egli comunque non dovrà imputare *ex se*, né conferire in collazione l'importo corrispondente alla rendita percepita, ma soltanto i premi pagati dal *de cuius* in base al contratto assicurativo che lo vedeva come beneficiario.

⁴²⁵ La *financial provision* che può essere disposta dal giudice in conseguenza del divorzio o della fine di una *civil partnership* viene anche tecnicamente denominata “*ancillary relief*”.

che considera la somma derivante al *de cuius* dal percepimento della pensione come una *lump sum*.

La non disponibilità delle somme dei *pension funds* ai fini della concessione di *family provisions* segna nel sistema inglese una netta differenza tra la disciplina della *family provision* e quella dell'*ancillary relief*.

Peraltro, i due ambiti non sono contraddistinti da una assoluta reciproca impermeabilità, nella misura in cui l'*Inheritance Provision for Family and Dependants Act 1975, section 3(2)* precisa che nel prendere in esame la richiesta di *family provision* formulata dal coniuge superstite, i giudici devono considerare la *provision* che il richiedente avrebbe ragionevolmente ottenuto se il matrimonio o la *civil partnership* fossero terminati per ragioni diverse dalla morte di un *partner*⁴²⁶. Sebbene quindi il rimedio di *ancillary relief* debba essere preso in considerazione, comunque il giudice non può affatto provvedere rispetto al *pension fund* come potrebbe fare se di una causa di *ancillary relief* si trattasse.

Questa discrasia sembra manifestamente ingiustificata nella misura in cui nei procedimenti per ottenere una *family provision* viene sempre più considerata la *divorce guideline* e cioè nel commisurare la *provision* si ha riguardo all'importo che il richiedente si sarebbe ragionevolmente aspettato di ricevere se il matrimonio avesse avuto fine per *divorce* o *dissolution*⁴²⁷.

⁴²⁶ “*In considering an application by a surviving spouse for family provision the court must have regard to the provision which the applicant might reasonably have expected to receive if the marriage or civil partnership had been terminated by divorce or dissolution rather than death*”.

⁴²⁷ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 7.110. I giudici chiamati a decidere l'attribuzione di una *family provision* a favore di un successibile sono chiamati a valutare come parametro nell'operazione di commisurazione la *provision* che il coniuge avrebbe ottenuto in caso di divorzio; tale meccanismo è più comunemente noto come “*deemed divorce test*”.

Quello che avrebbe dovuto rappresentare un semplice parametro di quantificazione è stato, però, spesso utilizzato per stabilire un tetto massimo al quantum della *family provision* e, quindi, in chiave chiaramente restrittiva.

D'altra parte, la *provision* che il coniuge potrebbe ragionevolmente aspettarsi da un divorzio non deve nemmeno rappresentare la minima *family provision* ottenibile.

Quindi, la *provision* ottenibile in sede di divorzio non deve assolvere né alla funzione di *ceiling*, né alla funzione di *floor* nella commisurazione della *family provision* a favore del coniuge superstite.

In particolare ci si è chiesti se non sia il caso di fare un'eccezione rispetto alla regola dell'intangibilità dei *pension funds* almeno in quei casi in cui non ci siano nell'asse ereditario altri beni da destinare al versamento di *provisions* a favore dei familiari del *de cuius* che presentino i requisiti per ottenerne il pagamento.

Verso la modifica della regola dell'intangibilità spinge tra l'altro il fatto che spesso i *pension funds* costituiscono una parte cospicua dei cespiti di cui il *de cuius* è titolare e, pertanto, renderli intangibili significherebbe di fatto attribuire al testatore uno strumento col quale può comunque sempre scongiurare l'applicazione della legge sulla *family provision*.

Ci si chiede inoltre, una volta stabilita la distribuibilità di tali *pension funds*, se essa debba essere assoluta oppure residuale o postergata, ossia operante solo qualora non vi siano altri cespiti patrimoniali sufficienti a soddisfare la richiesta di *family provision* nel caso specifico.

Alcuni *consultees* criticano la modalità di distribuzione dei *pension funds*, mentre altri ritengono che in genere i *pension trustees* facciano un uso attento della discrezionalità loro riconosciuta e considerino quale sia il soggetto più bisognoso e meritevole, avuto riguardo anche alla volontà espressa dal *de cuius* nella *letter of wishes*⁴²⁸; ciò basterebbe a dare una adeguata tutela ai familiari del *de cuius*, anche a prescindere dalla *family provision*⁴²⁹.

Con riferimento alla supposta ingiustificatezza della differenza di disciplina cui sono sottoposti i *pension funds* nell'ambito delle *family provision claims* ri-

L'accostamento dei due istituti del diritto inglese non deve tantomeno portare a suggerire un allineamento delle discipline che rispettivamente li regolano. Con questa semplice osservazione, il Report pone un chiaro disvalore su tutte quelle proposte di legge che, in virtù di un principio di allineamento con la disciplina dell'*ancillary relief*, prospettavano la possibilità di rendere aggredibili – ai fini della commisurazione e della attribuzione della *family provision* – anche gli atti di disposizione *inter vivos* fatti dal *de cuius* più di sei anni prima dell'apertura della successione, eliminando così l'espressa limitazione temporale che la legge prevede.

⁴²⁸ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 7.99 ss.

⁴²⁹ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 7.117.

spetto alle cause di divorzio, l'orientamento contrario alla riforma⁴³⁰ sostiene che la distribuibilità del *pension funds* in sede di divorzio assolve ad una *ratio* diversa, di tipo solidaristico e consistente nella tutela della posizione del coniuge che, mentre il *de cuius* era in vita poteva indubbiamente contare sulla *pension* come fonte di reddito della famiglia e quindi la distribuibilità del *pension fund* alla morte di un coniuge si inquadrerebbe anche in una logica di coerente continuità rispetto all'assetto di interessi in costanza di matrimonio.

Al contrario, alla distribuibilità del *pension fund* in sede di riconoscimento di *family provision* non sarebbe sottesa alcuna *ratio* di tutela del coniuge né di continuità dell'assetto patrimoniale, perché essa non darebbe vantaggio necessariamente al coniuge, ma anche ad altri beneficiari.

8. *Net estate and joint tenants*

I *co-owners* possono essere titolari di un diritto avente ad oggetto il medesimo bene come *tenants in common* oppure come *joint tenants*. Se il *de cuius* ed un altro soggetto sono proprietari di un immobile come *tenants in common*, la quota del *de cuius* formerà parte del suo *estate*. La successione con riferimento al diritto su tale quote rispetterà le disposizioni testamentarie o le norme sulla successione legittima e sarà aggredibile in caso di ottenimento di un *family provision order*.

Se invece il *de cuius* ed un altro soggetto sono proprietari dell'immobile come *joint tenants*, si verificherà un sibingresso automatico del *co-owner* superstite nel diritto, senza che abbiano rilievo alcune le norme di legge sulla successione o la volontà testamentaria del *de cuius*.

⁴³⁰ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 7.117.

Nonostante tale automatismo, la *section 9* della legge del 1975 conferisce alle corti la facoltà di stabilire che la quota di spettanza del *de cuius* sia considerata come parte del *net estate* del *de cuius* e sia quindi aggredibile in caso di esecuzione di un *family provision order*⁴³¹.

Tale facoltà deve però essere esercitata soltanto nel caso in cui la richiesta di *family provision* sia stata formulata nei sei mesi dall'ottenimento del *grant of representation* e non è prevista dalla legge alcuna possibilità di estendere tale limite.

Normalmente, invece, come abbiamo visto, i giudici possono ritenere in via eccezionale, di concedere la *provision* anche se la richiesta è stata fatta oltre il termine consentito.

La *ratio* del rispetto tassativo del termine semestrale è evidentemente quella di consentire agli altri *joint tenants* di formare una certezza giuridica se l'acquisto da parte loro della quota del *de cuius* sia stabile oppure se possano essere pregiudicati nel loro acquisto dall'emissione di un *family provision order*⁴³².

Peraltro, non si comprende perché un soggetto legittimato a chiedere ed ottenere una *family provision* debba avere un accesso più difficoltoso al rimedio per il caso in cui il *de cuius* sia titolare di beni in regime di *joint tenancy*⁴³³.

⁴³¹ La *section 9* della legge del 1975 recita: “Where a deceased person was immediately before his death beneficially entitled to a joint tenancy of any property, then, if, before the end of the period of six months from the date on which representation with respect to the estate of the deceased was first taken out, an application is made for an order under section 2 of this Act, the court for the purpose of facilitating the making of financial provision for the applicant under this Act may order that the deceased’s severable share of that property, at the value thereof immediately before his death, shall, to such extent as appears to the court to be just in all the circumstances of the case, be treated for the purposes of this Act as part of the net estate of the deceased.

In determining the extent to which any severable share is to be treated as part of the net estate of the deceased by virtue of an order under subsection (1) above, the court shall have regard to any capital transfer tax payable in respect of that severable share”.

“Where an order is made under subsection (1) above, the provisions of this section shall not render any person liable for anything done by him before the order was made.

For the avoidance of doubt it is hereby declared that for the purposes of this section there may be a joint tenancy of a chose in action”.

⁴³² LAW COMMISSION, *Intestacy and family provisions claims on death*, Consultation Paper n. 191, (2009), para 7.57 to 7.59.

⁴³³ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 7.74.

Un tale ragionamento basato sulla parità di trattamento dei *claimants* suggerirebbe una modifica della disciplina legislativa vigente, nel senso di ammettere l'aggredibilità del bene in regime di *joint tenancy* anche a vantaggio di coloro che abbiano agito in giudizio per ottenere la *family provision* oltre sei mesi dopo l'ottenimento del *grant of representation*.

Inoltre non si comprende quale effettivo vantaggio in termini di certezza della loro situazione giuridica traggano dalla disciplina vigente i *joint tenants*, se pensiamo che da una parte, come è vero, non possono essere pregiudicati da azioni per ottenere *family provisions* intraprese oltre sei mesi dopo l'ottenimento del *grant of representation*, ma dall'altra è pure vero che il *grant of representation* potrebbe essere chiesto ed ottenuto anche diversi anni dopo l'apertura della successione⁴³⁴. Ed allora una tale dilatazione temporale stride fortemente col rigore del termine semestrale in oggetto.

Per tali ragioni, la *Law Commission*⁴³⁵ ritiene auspicabile un'armonizzazione tra la *section 4* e la *section 9* della legge del 1975 e cioè sarebbe opportuno che le corti accogliessero richieste di *family provision* anche oltre il termine.

La *section 9* della legge del 1975, nel riconoscere alle corti il potere di trattare la quota in *joint tenancy* come parte del *net estate*, precisa che ad essa dovrà essere attribuito il valore che aveva nel momento immediatamente precedente alla morte del *de cuius*.

Nel caso *Dingmar v. Dingmar*⁴³⁶ una vedova formula la richiesta di *family provision* soltanto sette anni dopo la morte del marito. L'unico bene ereditario è costituito da un immobile di cui il *de cuius* è titolare in regime di *joint tenancy* col figlio, che quindi alla morte del padre ha acquistato la titolarità dell'intero

⁴³⁴ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, 14 dicembre 2011, para 7.80.

⁴³⁵ LAW COMMISSION, *Intestacy and Family Provisions claims on death*, Report n. 331, (2011), para 7.83.

⁴³⁶ *Dingmar v. Dingmar*, [2006] EWCA Civ. 942.

bene. Nel corso degli anni il valore dell'immobile in oggetto è sensibilmente aumentato, ma in base al dettato della legge ciò non dovrebbe rilevare e la *family provision* dovrebbe essere commisurata avuto riguardo al valore non attuale, ma la *Court of Appeal* ritiene invece che il disposto letterale della legge non impedisca alla corte in casi peculiari di considerare l'accresciuto valore del bene.

Alcuni *consultees*⁴³⁷ sembrano far proprio tale orientamento e, ai fini di cui alle *sections* 8 e 9 della legge (sia dunque per quanto riguarda i beni in regime di *joint tenancy*, sia per quanto riguarda gli atti di liberalità disposti “*in contemplation of death*”) propongono di considerare il valore del bene o del diritto in oggetto al momento della pendenza della causa per la *family provision* e non il valore pregresso al momento dell'apertura della successione.

In altri casi potrebbe risultare inappropriato costringere i giudici a considerare il valore del bene o del diritto caduto in successione al momento dell'apertura della successione stessa.

Basti pensare al caso in cui il valore del bene o del diritto sia sensibilmente diminuito dopo l'apertura della successione a causa della negligenza dei *co-owners*⁴³⁸. In questi casi sembra ragionevole che i giudici possano considerare il precedente valore della *property*, anche dato che i legittimati attivi a chiedere la *family provision* non hanno strumento per costringere i *co-owners* a conservare diligentemente il bene e si troverebbero pregiudicati da un comportamento di terzi che non possono in alcun modo impedire.

La proposta della *Law Commission* che tiene meglio conto di questi aspetti sarebbe dunque quella di lasciare quanta più ampia discrezionalità alle corti nel valutare il valore del bene⁴³⁹.

⁴³⁷ LAW COMMISSION, *Intestacy and family provisions claims on death*, Consultation Paper n. 191, (2009), para 7.65.

⁴³⁸ LAW COMMISSION, *Intestacy and Family Provisions claims on death*, Report n. 331, (2011), para 7.93.

⁴³⁹ LAW COMMISSION, *Intestacy and Family Provisions claims on death*, Report n. 331, (2011), para 7.96.

CONCLUSIONI

Il sistema italiano ha ritenuto ragionevole apporre alla libertà di testare alcuni precisi limiti.

La logica sottesa a tali limiti sembra potersi ricondurre al dovere morale e sociale del *de cuius* di provvedere ai bisogni dei propri familiari.

La mentalità inglese, invece, intesa non solo come mentalità giuridica, ma anche come coscienza civile, difende fortemente il principio individualistico che si estrinseca nella libertà di testare ed accetta, di conseguenza, senza troppo stupore il fatto che un soggetto non assicuri un vantaggio patrimoniale ai suoi più stretti congiunti⁴⁴⁰.

Porre in evidenza le ragioni dell'affermazione della *freedom of testation* nel XVIII e XIX secolo non è semplice e come alcuni autori hanno sostenuto potrebbe anche semplicemente trattarsi di una coincidenza di interessi⁴⁴¹.

Tuttavia, nel 1938 l'*Inheritance Family Provision Act* introduce alcuni limiti alla *testamentary freedom*, nella misura in cui i congiunti del *de cuius* che non risultano beneficiari delle disposizioni testamentarie possono agire in giudizio per ottenere una somma che sia idonea a garantire il loro sostentamento (cosiddetta "*provision*").

La peculiarità di tale meccanismo è l'indeterminatezza dell'*an* e del *quantum*; in altre parole, a differenza che nella successione necessaria operante nell'ordinamento italiano, le quote di eredità da riservarsi ai congiunti non sono predeterminate *ex lege*, ma vengono quantificate caso per caso, anche sulla base del prudente apprezzamento da parte del giudice.

⁴⁴⁰ VALIA, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2002, II, 405.

⁴⁴¹ OUGHTON in *Tyler's Family Provision*, London, 1997, p. 368 ritiene che in particolare a ritenere conveniente l'assenza di limiti alla libertà di disporre siano coloro i quali vedono in essa una garanzia di disapplicazione della legge sulla primogenitura, nonché le famiglie dei proprietari terrieri, che confidano, grazie alla libertà di disporre, di poter mantenere la proprietà in famiglia, accordando al tempo stesso diritti ai figli.

Del pari, la *Family Division* ha la possibilità di decidere se la quota attribuita ai congiunti debba essere versata in un'unica soluzione (*lump sum*) oppure mediante versamento periodico.

In seguito, nel 1975 la disciplina operante in materia viene parzialmente modificata dalla *Inheritance Provision for Family and Dependents Act* del 1975, la quale amplia la cerchia dei potenziali aventi diritto ad una quota di eredità (anche contro la volontà del testatore di escluderli dai lasciti testamentari) ed indica i presupposti per l'ottenimento di una *reasonable financial provision* a carico dell'eredità.

Tra i richiedenti legittimati ad agire in giudizio vengono inclusi il convivente e la persona mantenuta dal defunto.

Di qui alcuni autori⁴⁴² hanno sostenuto come nel sistema successorio inglese attualmente vigente (successivo dunque all'entrata in vigore della legge del 1975) viga un principio di continuità dei rapporti e tutela dei propri cari; ma, mentre nel sistema italiano tale principio di continuità e tutela delle persone care si rivolge solo alla famiglia del *de cuius*, nel sistema inglese il principio di continuità e tutela si rivolge alle persone che sono state effettivamente legate al *de cuius* da un vincolo affettivo, a prescindere dal fatto che costoro fossero genitori, figli, o coniugi del defunto.

In questa logica si spiegherebbe come anche un' "amante" di un uomo sposato, che è stata da questi mantenuta, possa essere legittimata ad agire in giudizio per chiedere una *provision* a carico dell'eredità del defunto.

Attualmente, perché il rimedio della *provision* trovi applicazione, il *de cuius* deve essere domiciliato in Inghilterra, il ricorrente o *applicant* deve essere coniuge non risposato del defunto, convivente da almeno due anni anche dello stesso sesso, ex coniuge non risposato, figlio del defunto, altra persona trattata dal defunto come un figlio oppure ancora altra persona del cui mantenimento il *de*

⁴⁴² VALIA, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2002, II, 402.

cuius si sia occupato al momento della morte (*dependant*); inoltre, altro presupposto per l'esperibilità del rimedio previsto dall'*Act* sopra citata è che il defunto non abbia disposto alcuna attribuzione patrimoniale ragionevole a favore del soggetto in questione.⁴⁴³

I fattori che incidono sulla commisurazione dell'attribuzione patrimoniale sono molteplici e conferiscono una sensibile flessibilità al sistema:⁴⁴⁴ dovrà valutarsi se il richiedente abbia o possa avere in futuro la possibilità di sostentarsi autonomamente, quali obblighi o doveri il testatore abbia nei confronti del ricorrente, a quanto ammonti il patrimonio del *de cuius* e da quali beni in particolare sia formato, se il ricorrente sia affetto da un particolare handicap fisico o psichico, qual sia stata la condotta tenuta dal ricorrente nei confronti del *de cuius*, qual sia la sua età e, nel caso in cui il ricorrente sia il coniuge, qual sia stata la durata del matrimonio.

Non sono previsti né un ammontare massimo, né un ammontare minimo per l'attribuzione patrimoniale.

La giurisprudenza inglese non ha fatto della *family provision* un rimedio accordato con facilità, ma anzi la sua concessione si è rivelata statisticamente modesta⁴⁴⁵.

Ciò potrebbe trovare spiegazione nel fatto che, a fronte di un'eredità modesta, pochi affrontano il costo certo del giudizio per una mera speranza di ottenere la *family provision*, che si presenta come tutela incerta nell'*an* e nel *quantum*.

D'altra parte, i titolari di patrimoni ingenti possono effettuare una pianificazione della propria devoluzione patrimoniale *post mortem* già per mezzo di negozi *inter vivos*.

⁴⁴³ Ben si può immaginare come un avvocato possa consigliare al proprio assistito di effettuare dei lasciti seppur modesti ai soggetti legittimati ad agire in giudizio, al fine di paralizzare le loro pretese.

⁴⁴⁴ Tale flessibilità, che in termini processuali significa anche incertezza, segna un netto distacco rispetto al meccanismo della successione necessaria, operante nel sistema italiano

⁴⁴⁵ CRANE, *Family Provision on death in English Law*, 35 *N.Y.U. Law Review*, (1960), 984.

Basti pensare che il ricorso al *trust* in Inghilterra non incontra il limite presente in Italia rappresentato dal divieto dei patti successori.

Pertanto, raramente su questi grandi patrimoni si aprono cause per la concessione di *family provisions*.

La *family provision* per queste ragioni è sembrata un rimedio utile e richiesto solo dalla *middle class*⁴⁴⁶.

Nello studio della giurisprudenza inglese l'elemento dell'incertezza collegata al rimedio della *family provision* si è rivelata in tutta la sua portata; è apparso evidente come spesso i giudici di primo grado e quelli di secondo grado effettuino il bilanciamento tra gli elementi da considerare per decidere il rigetto o l'accoglimento della domanda in modo diverso, portando ad esiti decisionali anche diametralmente opposti in diversi gradi di giudizio.

Alcuni autori⁴⁴⁷, esprimendosi in chiave critica nei confronti di questa incertezza del diritto nel sistema inglese, hanno sottolineato come il sistema italiano, a differenza di quello inglese, sappia coniugare in una "sinergia positiva" i principi di certezza giuridica, libertà testamentaria e solidarietà familiare.

Forse all'occhio del *civil lawyer* il sistema inglese sembra afflitto da una inevitabile incertezza sul tema della successione contro il testamento, ma forse tale incertezza non viene avvertita come criticità da parte del *common lawyer*, abituato com'è a fare i conti con un ipertrofico potere discrezionale dei giudici e tanto affezionato alla sua libertà di testare da guardare con avversione ad ogni sua limitazione, anche se la stessa dovesse servire a garantire più certezza nel meccanismo della successione contro il testamento.

La cultura giuridica e sociale italiana, d'altro canto, guarda con un certo "senso di rassicurazione" al suo sistema a quota di riserva fissa, perché coerente

⁴⁴⁶ ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in SACCO (a cura di) *Trattato di diritto comparato*, Torino, 2002, p. 75; GOLD, *Freedom of Testation*, 1 *Modern Law Review*, (1938), 296 ss.

⁴⁴⁷ VALIA, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2, p. 406.

con il primato della legge e con la tendenza a non affidarsi troppo alla discrezionalità del giudice⁴⁴⁸.

Se il giudice è abituato ad operare come bocca della legge, sarà difficile immaginare che possa gestire un sistema a quota variabile⁴⁴⁹.

Lo spiraglio per una flessibilizzazione della fissità del sistema delle quote deve forse ricercarsi nella “valorizzazione dell’accordo”⁴⁵⁰; significativi sarebbero a questo riguardo la riforma sul patto di famiglia e la nuova disciplina sull’opposizione alla donazione⁴⁵¹.

Non bisogna, però, dimenticare che la mentalità impronta di sé il diritto.

E la distanza tra la mentalità italiana ed inglese sembra ancora troppo grande e sostanziale perché i due sistemi giuridici possano convergere sul tema della successione necessaria, che è così “sociologicamente sensibile”.

Ciò sembra essere stato dimostrato dal fatto che in Italia le istanze di riforma che prevedevano una maggiore libertà di testare non sono risultate affatto transitive.

⁴⁴⁸ FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, XII, pt.2, 764.

⁴⁴⁹ FUSARO, *L’espansione dell’autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contratto e impresa, Europa*, 2009, I, 463. C’è chi ha osservato come la creazione di un sistema che lasci al giudice la determinazione del *quantum* delle quote dovrebbe presupporre scelte più radicali sulla struttura dell’apparato giudiziario e sulla modalità di reclutamento dei giudici: GATT, *Memento mori. La ragion d’essere della successione necessaria in Italia*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, VI, 556.

⁴⁵⁰ FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, XII, pt.2, 764, 765.

⁴⁵¹ Il D.l.14 marzo 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80 stabilisce che, con l’azione di riduzione, non si possano comunque colpire i beni alienati dal donatario dopo il decorso di un ventennio dalla trascrizione della donazione, nel caso in cui i legittimari non abbiano notificato e trascritto nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa un atto di opposizione alla donazione stessa (art. 563 c.c.). I legittimari possono rinunciare a tale diritto di opposizione prima che si apra la successione, contestualmente alla donazione o successivamente. FUSARO, *L’espansione dell’autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2009, I, 452-453; DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all’opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. not.*, 2006, 305.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Nuovo lessico familiare, Studi interdisciplinari sulla famiglia, Vita e pensiero*, Pubblicazioni dell'Università Cattolica, 14, Milano, 1997, p. 112.

AL MUREDEN, *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012, VIII-IX, 1945;

AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione ed istanze di riforma*, in *Rivista del notariato.*, 2007, IV, 803;

AMENTA, *La successione necessaria: essere o non essere?*, in *Rassegna di diritto civile*, 2009, III, 605;

AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990;

BAKER, *An Introduction to English legal History*, III, London, 1990;

BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, In *Nuova giur. Civ. comm.*, 2006, II, 369 ss.;

BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947;

BAUCO, CAPOZZI, *Il patto di famiglia. Profili civilistici e fiscali*, Giuffrè, 2007;

BERBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato italiano*, Torino, 1965;

BERGAMO, *Brevi cenni sulla diseredazione anomala implicita*, in *Giur. it.*, 2000, 1801;

BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985;

BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, in *Corr. Giur.* 1994, 1503;

BIN, *La diseredazione- Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966;

BIRCH, *Adult children and moral obligation*, 150 (6955), *New Law Journal* (2000), 1480;

BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, II, cap. 32, *Of title by testament and administration*, London, 2001;

BOELE-WOELKI-MILES-SCHERPE (edited by), *Future of Family Property in Europe: Proceedings of the 4th Conference of the Commission on European Family Law*, Anversa, 2011;

BONAFINI, *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1191 ss.;

BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, 581;

BORKOWSKI, "Moral Obligation and Family Provision", 305 *Child and Family Law Quarterly*, (1999), 333;

BOWEN, *The Lion and the Throne*, *The lie and Times of Sir Edward Coke*, London, 1957;

BRIDGE, *For love or for money? Dependent carers and family provision*, 59 *Cambridge Law Journal*, (2000), 248;

BUCELLI, *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, VIII-IX, 717;

BULGARELLI, BULGARELLI, *Il legittimario c'è, ma non si vede*, in *Giustizia Civile*, 2007, I, 2855, nota a Cass. Sez. Unite, 12 giugno 2006 n. 13524;

BUSER, *Domestic Partner and Non – marital Claims against robate Estates: Marvin Theories put to a different use*, 38 *Family Law Quarterly* (2004), 313;

CALO', *L'etica dell'ordine pubblico internazionale e lo spirito della successione necessaria*, In *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 1997, I, 167.

CALO', *L'inarrestabile declino della cittadinanza altrui: il Regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012*, *Il corriere giuridico*, 2013, IV, 549;

CANTELMO, *I beneficiari della riserva*, in *Successioni e donazioni*, a cura di RESCIGNO, Padova, vol.I, 1994;

CAPOZZI, *Successioni e Donazioni, Successioni e Donazioni*, tomo 1, Milano, 2002;

CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977;

CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979;

CATTANEO, *I legittimari ed i loro diritti*, in *Tratt. Dir. civ. diretto da Rescigno*, Torino (1997), 5;

CAVICCHI, *Accordi per la reintegrazione della legittima*, in *I contratti*, 2009, 1020;

CHESTER, *Inheritance, Wealth, and Society*, Bloomington, 1982;

CICU, *Le successioni*, Milano, 1947;

CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947;

CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1961;

CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, V, 493;

CLARK, *Deserved Mistressed Shunned?* 41 *Modern Law Review* (1978), 352;

COLDHAM, *Dependants' provision on death*, 45 *Modern Law Review* (1982), 100;

COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Familia*, 2003, I, 27;

CONSOLO-DALLA MASSARA, *Libertà testamentaria, protezione dei figli e deflazione delle liti*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, IX, 269;

CORSINI, *Appunti sulla diseredazione*, in *Riv. not.*, 1996, p. 1103;

COVIELLO, *Delle successioni*, Parte generale, Napoli, 1935;

COVIELLO, *Diritto successorio*, Bari, 1962;

COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938;

CRANE, *Family Provision on death in English Law*, 35 *N.Y.U. Law Review*, (1960), 948;

CRETNEY, *Reform of Intestacy: the best we can do?*, 111 *Law Quarterly Review* (1995), 77;

CRISCUOLI, *Testamento* (voce), in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 19;

DE FRANCHIS, *Law Dictionary*, Milano, 1984;

DEJACO, *Trust e tutela dei legittimari nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Informator*, 2010, I, 29.

DELFINI, *Riforma della filiazione e diritto successorio*, *Il corriere giuridico*, 2013, IV, 545.

DELI, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, commento all'art. 46, 1996, V-VI, 1279;

DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?* In *Rivista del Notariato*, 2007, IV, 815;

DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. not.*, 2006, II, 305;

DI FABIO, *In tema di diseredazione (anche) del legittimario*, in *Rivista del Notariato*, 2012, V, 1228;

DI MAURO, *I necessari partecipanti al patto di famiglia*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 534 ss.;

DOSSETTI, *Il coniuge*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da BONILINI, III, Milano, 2009;

FERRI, *Dei legittimari, Art. 536-564*, 2ed., Bologna, Zanichelli; Roma, Soc. ed. del Foro italiano, 1981;

FERRI, *Dei legittimari, Art. 536-564.*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1981;

FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, in *Riv. dir. civ.* 1941, 232;

FERRI, *Successioni in generale: art. 456-511*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna,-Roma, 1980;

FRIEDMAN, *The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession and Society*, 29 *Wisconsin Law Review* (1966), 340;

FUSARO, *I diritti successori dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, XII, 747;

FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2009, I, 427;

FUSARO, *I patti di famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, Bologna, vol. II, 2008, pp. 857ss;

FUSARO, *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Notariato*, 2010, V, 559;

FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Quaderni del progetto dottorale di alta formazione in scienze giuridiche e del centro studi giuridici del dipartimento di economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*, Venezia, 2013, p. 353;

FUSARO, *13th World Conference of the International Society of Family Law., Section: Finances and Freedom of Testation- Legitimate portion- Protection of surviving spouses and children*, Vienna, 16-20 September 2008;

GABRIELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. Al dir. It. della famiglia*, a cura di CIAN, OPPO, TRABUCCHI, Padova, 1992, vol.V;

GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Il Foro italiano*, 1983, III, 85;

GAMBARO - SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, In Tratt. di diritto comparato diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2002;

GAMBINI, *Psicologia della famiglia. La prospettiva sistematico-relazionale*, Milano, 2007;

GARRONE, *Soggetti deboli in famiglia e trusts quale tutela etica*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, II, 310;

GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Famiglia persone e successioni*, 2009, 540 ;

GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)* in *Giustizia Civile*, 2006, I, 3;

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001;

GENGHINI, CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, Padova, 2012, p.444;

GOLD, *Freedom of Testation*, 1 *Modern Law Review*, (1938), 269.

GORLA, *Prolegomeni ad una storia del diritto privato europeo*, in SACCO, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980;

GROSSO e BURDESE, *Le successioni*, Parte Generale, in *Tratt. Dir.civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1977;

HALL, *Equitable Fraud: Material Exploitation in Domestic Settings*, in *Elder law Review*, (2006), 7;

IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996;

KERRIDGE, *Reform of the law of succession: the need for change, not piecemeal tinkering*, 71 *Conveyancer and Property Lawyer* (2007), 64;

LAW COMMISSION, *Tenth Programme of Law Reform*, n. 311, 2007;

LAW COMMISSION. *Cohabitation: the Financial Consequences of Relationship Breakdown* Report n. 307, (2007);

LAW COMMISSION, *Family law: distribution on intestacy*, Report n. 187;

LAW COMMISSION, *Intestacy and Family Provision claims on death*, Consultation Paper n. 191, (2009);

LAW COMMISSION, *Intestacy and family provision claims on death*, Report n. 331, (2011);

LEO, *La rinuncia all'azione di riduzione non può essere considerata irrilevante*, in *Guida al diritto*, 2006, XXVIII, 62, nota a Cass. Sez. Unite, 12 giugno 2006 n. 13524;

LORD CHANCELLOR'S DEPARTMENT, *Judicial Statistics: England, Wales and Northern Ireland* (1980) Cm 8436, 42;

MATTEI, *La successione contro la volontà del testatore. Radici profane di una contrapposizione sacra tra “common law” e diritti romanisti*, in CENDON, *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione alle soglie del terzo millennio*, I, Milano, 1994;

MATTEI, *La successione contro la volontà del testatore. Radici profane di una contrapposizione sacra tra “common law” e diritti romanisti*, in CENDON, *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione alle soglie del terzo millennio*, I, Milano, 1994;

MATTEI, *Il modello di common law*, in *Sistemi giuridici comparati*, a cura di Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2004;

MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da CICU E MESSINEO, Milano, 1999, 22;

MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di dir.civ. e comm.*, 4 ed., diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 2000;

MILLER, *The machinery of succession*, London, 1977;

MINISTRY OF JUSTICE, *Judicial and Court Statistics* (2007 Cm7467, 37;

MIRANDA, *Questioni di famiglia*, in *Vita Notarile*, III, 1994;

MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese: fondamento e sistema*, Padova, 1995;

MIRIELLO, *In margine alla clausola di diseredazione; la tematica della volontà meramente negativa*, in *Riv. not.*, 1981, p. 746;

MOSCATI, *L'indegnità*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, Torino, V, 1982;

MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e di indegnità*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di Delle Monache, Padova, 2007, p. 21;

MOSCATI, *Trust e tutela dei legittimari*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2000, I-II, 1;

NATIONAL CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH, *The law of Intestate Succession: Exploring attitudes among non-traditional families, Final Report* (2009);

NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Finding the will: a report on will writing behaviour in England and Wales* (2007);

OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006;

OBERTO, *Famiglia di fatto e convivenza: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, VI, 661;

OUGHTON in *Tyler's Family Provision*, London, 1997;

PADOVINI, *La successione del coniuge, dei parenti e dello stato*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di Delle Monache, Padova, 2007, 97;

PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)* in *Pers. e danno*, 2007, 5;

PASTORE, *Riflessioni sulla diseredazione*, in *Vita Notarile*, 2011, 1192;

PATTI, *Trust, quota di riserva e causa concreta*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2011, VII, 526;

PERLINGERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in *Tradizione e modernità del diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, di Delle Monache S., Padova, 2007;

PERLINGIERI, *Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive*, in *Tradizione e modernità del diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, di Delle Monache S., Padova, 2007;

PINO, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954;

PINTENS, *Grundgedanken and perspektiven einerEuropaeisierung des Familien –und Erbrechts- Teil 1*, (2003) 50 *Zeitschrift fuer das gesamte Familienrecht*, 329, 331;

PRESTIPINO, *Delle successioni in generale*, art. 456-535, in *Comm. Cod. civ.* diretto da DE MARTINO, Novara, 1931;

PROTETTI- DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 2009;

RESCIGNO, *Recensione a Bin; La diseredazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1969, 95;

ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Rivista di diritto privato*, 1997, 7;

ROSARIO, *Trust testamentario e liberalità non donative: spiragli sistematici per una vicenda delicata*, in *Rivista del Notariato*, VI, 2009, 1449.

RUPERTO, voce *Indegnità a succedere*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989;

SACCO, *Introduzione alla comparazione giuridica*, in SACCO, *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992;

SACCO, *Perché l'armato obbedisce all'inerme?(Saggio sulla legittimazione de diritto e del potere)*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 1;

SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. di diritto comparato*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2001;

SALIS, *Indegnità a succedere* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 928;

SALVATORE, *Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione*, in *Rivista del Notariato*, 1996, I-II, 1, 211.

SALVESTRONI, *Il problema dell'indegnità di succedere*, Padova, 1970;

SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. Al Cod. Civ.*, diretto da D'AMELIO e FINZI, *Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, Firenze, 1941;

SCOTTISH LAW COMMISSION, *Discussion Paper on Succession*, n. 136, (2007);

SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, III, 231;

SPEDDING, *LLB Succession textbook*, London, 1994;

STEFINI, *Determinazione della quota di riserva in presenza di legittimari rinunzianti all'azione di riduzione*, *Il Corriere Giuridico*, 2006, 1711, nota a Cass. 9 giugno 2006, n. 13429;

STIVANELLO-GUSSONI, *Inversione di rotta: è ammissibile la clausola diseredativa autonoma*, in *Quaderni del progetto dottorale di alta formazione in scienze giuridiche e del centro studi giuridici del dipartimento di economia dell'Università Ca' Foscari Venezia*, Venezia, 2013, parte III, Osservatorio, p. 427.

TORRENTE, voce *Diseredazione*, (dir. vigente), in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, XIII, 102;

TROMBETTA-PANIGADI, *La successione mortis causa nel diritto internazionale privato*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, V, Milano 2009;

TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, I, Bruxelles, 1855, p. 1.

UNGARI-TRANSATTI, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di diseredazione*, in *Riv. Not.*, 2003, 1061;

VALIA, *La libertà di disposizione testamentaria in Gran Bretagna. Il sistema discrezionale vigente*, in *Studi Senesi*, 2002, II, 361;

VERBEKE – HENRI LELEU, *Harmonization of the Law of succession in Europe*, in A. HATHKAMP, M.HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E.DU PERRON (eds.) *Towards a European Civil Code* (3rd edn, 1998);

VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 447 ss.

WAGGONER, *The multiple marriage society and spousal rights under the revised Uniform Probate Code* (1990) 76 Iowa Law Review, 223;

WILLIAMS, *On wills*, London, 1987;

ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in Tratt. di diritto comparato, diretto da SACCO, Torino, 2002.

Table of English cases

Banks v. Good fellows, [LR] 11 Eq. 472.

Baynes v. Hedger, [2008] 3 FCR 151.

Bishop v. Plumley, [1991] 1W.L.R. 582.

Bouette v. Rose, [2000] Ch 662.

Bouette v. Rose, [2000] Ch 662.

Casimir v. Alexander, [2001] W.T.L.R. 939.

Clifford v. Tanner, 1986 WL407014.

Crawford's Trustees v. Fleck, 1910 S.C. 998.

Cunliffe v. Fielden, [2006] Ch. 361, [2005] EWCA Civ1508.

Cyganik v. Agulian (2006) EWCA Civ. 129.

Dingmar v. Dingmar, [2006] EWCA Civ. 942.

Espinosa v. Bourke, [1999] 1 F.L.R. 747.

Gully v. Dix, [2004] EWCA Civ. 39.

Hanbury v. Hanbury [1999] 2 F.L.R. 255.

Ilott v. Mitson, [2011] EWCA Civ 346.

Ilott v. Mitson, [2011] EWCA Civ. 346.

In Re Beaumont, [1980] Ch. 444.

In Re Bidie, [1949] Ch. 121.

In re Jaques [1903] 1 Ch. 267.

In Re Pearce, [1998] 2 F.L.R. 705, [1998] Fam. Law 588.

Malone v. Harrison [1979] 1WLR 1353.

Myers v. Myers, [2005] W.T.L.R. 851.

Re Abram, [1996] 2 F.L.R. 379.

Re Beaumont, [1980] Ch 444.
Re Beaumont, [1980] Ch 444.
Re Cairnes (1983) 4 F.L.R. 225
Re Coventry, [1979] 2 All. E.R. 408, [1979] 2 W.L.R. 853.
Re Dawkins [1986] 2 F.L.R. 360.
Re DWS (deceased), [2001] Ch 568.
Re George's W.T. [1949] Ch. 154.
Re Jennings, [1994] Ch 286.
Re Johnson, [1987] C.L.Y. 3882.
Re Vickers (1888) 37 Ch. D. 525.
Re Walker [1998] NZFLR 726, 731.
Re Wilkinson, [1978] Fam. 22.
Snapes v. Aram and Hancocks, [1998] 2 F.L.R. 346.
Viner (Deceased) Re, [1978] C.L.Y. 3091.
White v White [2001] 1AC 596.

Sentenze italiane

Cass. sez II, 25 maggio 2012, n. 8352.
Cass. Sez. Unite, 12 giugno 2006 n. 13524.
Cass. 9 giugno 2006, n. 13429.
Cass. Civ., 29 luglio 2005, n. 16083.
App. Milano 2 luglio 2004.
Cass. Sez. Unite, 25 ottobre 2004, n. 20644.
Cass. 22 marzo 2001, n. 4130.
Tribunale di Lucca, 23 settembre 1997.
Cass. 24 giugno 1996, n. 5832.
Cass. 9 dicembre 1995 n. 12632.

Cass. 1994, n. 5895.
Cass. 1 novembre 1993 n. 11873.
Cass 4 aprile 1992, n. 4140.
Cass.26 gennaio 1990 n. 459.
Cass. 12 luglio 1986, n. 4533.
Cass. 1982, n. 6339.
Cassazione 22 ottobre 1975, n. 3500.
Cass. 17 luglio 1974, n. 2145.
Cass. 5 ottobre 1974 n. 2621.
Cass. 9 gennaio 1967, n. 92.
Cass. 1967, n. 1458.
Cass 23 novembre 1962 n. 3171.